

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 3 de septiembre de 2020 (*)

«Procedimiento prejudicial — Comunicaciones electrónicas — Artículo 11, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Libertad y pluralismo de los medios de comunicación — Libertad de establecimiento — Artículo 49 TFUE — Directiva 2002/21/CE — Artículos 15 y 16 — Normativa nacional que prohíbe a una empresa con peso significativo en el mercado de un sector alcanzar una “dimensión económica importante” en otro sector — Cálculo de los ingresos obtenidos en el sector de las comunicaciones electrónicas y en el sector de los medios de comunicación — Definición del sector de las comunicaciones electrónicas — Limitación a los mercados que han sido objeto de regulación ex ante — Contabilización de los ingresos de las sociedades vinculadas — Fijación de un umbral de ingresos distinto para las sociedades que operan en el sector de las comunicaciones electrónicas»

En el asunto C-719/18,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), mediante resolución de 26 de septiembre de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de noviembre de 2018, en el procedimiento entre

Vivendi SA

y

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,

con intervención de:

Mediaset SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. E. Regan, Presidente de Sala, y los Sres. I. Jarukaitis (Ponente), E. Juhász, M. Ilešič y C. Lycourgos, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Campos Sánchez-Bordona;

Secretaria: Sra. R. Șereș, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de octubre de 2019;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Vivendi SA, por los Sres. G. Scassellati Sforzolini, G. Faella, C. F. Emanuele y M. D’Ostuni, avvocati;
- en nombre de Mediaset SpA, por los Sres. A. Catricalà, D. Lipani, C. E. Cazzato, G. M. Roberti, G. Bellitti y M. Serpone, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. S. Fiorentino, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por las Sras. L. Armati y L. Nicolae y el Sr. L. Malferrari, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 18 de diciembre de 2019;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE y de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO 2002, L 108, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 37) (en lo sucesivo, «Directiva marco»).

2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Vivendi SA, por una parte, y la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (autoridad reguladora de las comunicaciones, Italia; en lo sucesivo, «AGCOM») y Mediaset SpA, por otra, en relación con una disposición del Derecho italiano que prohíbe a una empresa obtener ingresos superiores al 10 % de los ingresos totales del sistema integrado de comunicaciones (en lo sucesivo, «SIC»), cuando dicha empresa ostente una cuota superior al 40 % de los ingresos totales del sector de las comunicaciones electrónicas.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva marco

3 Los considerandos 5, 25 y 27 de la Directiva marco tienen el siguiente tenor:

«(5) La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información supone que todos los servicios y las redes de transmisión deben estar sometidos a un único marco regulador. [...] Es necesario separar la regulación de la transmisión de la regulación de los contenidos. Por consiguiente, este marco no cubre el contenido de los servicios prestados a través de las redes de comunicaciones electrónicas utilizando servicios de comunicaciones electrónicas, tales como los contenidos de radiodifusión, los servicios financieros y determinados servicios de la sociedad de la información y, por tanto, se entiende sin perjuicio de las medidas adoptadas a nivel [de la Unión] o [a nivel] nacional en relación con dichos servicios, de conformidad con lo dispuesto en el Derecho [de la Unión], con el fin de promover la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación. [...] La separación entre la regulación de la transmisión y la regulación de los contenidos no es óbice para tener en cuenta los vínculos que existen entre ambas, en particular, con el fin de garantizar el pluralismo de los medios de comunicación, la diversidad cultural y la protección de los consumidores.

[...]

(25) Existe la necesidad de imponer obligaciones *ex ante* en determinadas circunstancias para garantizar el desarrollo de un mercado competitivo. La definición de peso significativo en el mercado contenida en la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP) [(DO 1997, L 199, p. 32)], ha demostrado su eficacia en las primeras fases de la apertura del mercado en tanto que umbral de las obligaciones *ex ante*, aunque ahora debe ser adaptada para ajustarla a unos mercados más complejos y dinámicos. Por esta razón, la definición utilizada en la presente Directiva es equivalente al concepto de posición dominante que se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal [General].

[...]

(27) Resulta esencial que estas obligaciones reglamentarias *ex ante* sólo puedan imponerse cuando no exista competencia efectiva, esto es, en los mercados en los que existan una o más empresas con un peso significativo, y cuando las soluciones previstas en la legislación sobre competencia nacional y [de la Unión] no basten para remediar el problema. Así pues, es necesario que la Comisión [Europea] elabore unas directrices a nivel [de la Unión], de conformidad con los principios del Derecho de competencia, a las que deban ajustarse las autoridades nacionales de reglamentación cuando analicen si existe competencia efectiva en un mercado dado y evalúen el peso significativo en el mercado. [...]

4 El artículo 1 de esta Directiva, titulado «Ámbito de aplicación y objetivo», dispone:

«1. La presente Directiva establece un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas, los recursos y servicios asociados y algunos aspectos de los equipos terminales, destinados a facilitar el acceso de los usuarios con discapacidad. Fija las misiones de las autoridades nacionales de reglamentación e insta una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la [Unión].

2. La presente Directiva, así como las directivas específicas, se entenderán sin perjuicio de las obligaciones impuestas por la legislación nacional de conformidad con la legislación [de la Unión] o por la legislación [de la Unión] en relación con los servicios prestados mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

3. Ni la presente Directiva ni las directivas específicas afectarán a las medidas adoptadas a escala [de la Unión] o [a escala] nacional, en cumplimiento del Derecho [de la Unión], destinadas a fomentar objetivos de interés general, en particular, en lo que respecta a la normativa sobre contenidos y a la política audiovisual.

[...]»

5 El artículo 2 de la mencionada Directiva, titulado «Definiciones», dispone lo siguiente:

«[...]

c) “servicio de comunicaciones electrónicas”: el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos [...];

[...]».

6 El artículo 15 de esta Directiva, bajo la rúbrica «Procedimiento de identificación y definición del mercado», establece:

«1. Previa consulta pública, incluida la consulta con las autoridades nacionales de reglamentación, y atendiendo en la mayor medida posible al dictamen del [Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE)], la Comisión adoptará con arreglo al procedimiento consultivo contemplado en el artículo 22, apartado 2, una Recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios (la Recomendación). En la Recomendación se enumerarán los mercados de productos y servicios del sector de las comunicaciones electrónicas cuyas características pueden justificar la imposición de las obligaciones reglamentarias establecidas en las Directivas específicas, sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos en virtud del Derecho de la competencia. La Comisión definirá los mercados de conformidad con los principios del Derecho de la competencia.

La Comisión revisará periódicamente la Recomendación.

2. La Comisión publicará, a más tardar en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva, unas directrices de análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (denominadas en lo sucesivo “las directrices”), que serán acordes con los principios del Derecho de la competencia.

3. Las autoridades nacionales de reglamentación, teniendo cuenta en la mayor medida posible la recomendación y las directrices, definirán los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales, y en particular los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio, con arreglo a los principios del Derecho de la competencia. Antes de definir los mercados distintos de los enumerados en la recomendación, las autoridades nacionales de reglamentación observarán los procedimientos contemplados en los artículos 6 y 7.

4. Previa consulta, incluida la consulta a las autoridades nacionales de reglamentación, la Comisión, teniendo en cuenta en la mayor medida posible el dictamen del ORECE, adoptará [...] una decisión en la que se determinen los mercados transnacionales.»

7 El artículo 16 de la Directiva marco, titulado «Procedimiento de análisis del mercado», precisa:

«1. Las autoridades nacionales de reglamentación efectuarán un análisis de los mercados pertinentes, atendiendo a los mercados enumerados en la recomendación y teniendo en cuenta las directrices en la mayor medida posible. Los Estados miembros velarán por que este análisis se lleve a cabo, si procede, en colaboración con las autoridades nacionales responsables en materia de competencia.

2. Cuando, en virtud del artículo 17, apartados 3 o 4, de la Directiva 2002/22/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas] (Directiva sobre servicio universal) [(DO 2002, L 108, p. 51)], o del artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión] (Directiva sobre acceso) [DO 2002, L 108, p. 7], la autoridad nacional de reglamentación deba determinar si procede imponer, mantener, modificar o suprimir determinadas obligaciones impuestas a las empresas, determinará, sobre la base de su análisis de mercado a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, si un mercado pertinente es realmente competitivo.

3. Cuando una autoridad nacional de reglamentación llegue a la conclusión de que un mercado es realmente competitivo, no impondrá ni mantendrá ninguna de las obligaciones reglamentarias específicas contempladas en el apartado 2. Si en ese mercado pertinente existen ya obligaciones reglamentarias sectoriales específicas impuestas a las empresas, deberá suprimir dichas obligaciones. Esta supresión de obligaciones deberá notificarse a las partes afectadas por ella con la antelación adecuada.

4. Cuando una autoridad nacional de reglamentación determine que uno de los mercados pertinentes no es realmente competitivo, establecerá qué empresas, ya sea individual o conjuntamente, tienen un peso significativo en ese mercado con arreglo al artículo 14 y les impondrá las obligaciones reglamentarias específicas adecuadas indicadas en el apartado 2 del presente artículo, o mantendrá o modificará dichas obligaciones si ya existen.

[...]»

Directiva de servicios de comunicación audiovisual

8 Los considerandos 5 y 8 de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DO 2010, L 95, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva de servicios de comunicación audiovisual»), disponen:

«(5) Los servicios de comunicación audiovisual son tanto servicios culturales como servicios económicos. Su importancia cada vez mayor para las sociedades y la democracia —sobre todo

por garantizar la libertad de la información, la diversidad de opinión y el pluralismo de los medios de comunicación—, así como para la educación y la cultura, justifica que se les apliquen normas específicas.

[...]

- (8) Es esencial que los Estados miembros velen para que no se cometan actos que puedan resultar perjudiciales para la libre circulación y el comercio de las emisiones televisivas o que puedan favorecer la creación de posiciones dominantes que impondrían límites al pluralismo y a la libertad de información televisiva, así como a la información en su conjunto.»

Derecho italiano

TUSMAR

- 9 El decreto legislativo n. 177 — Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (Decreto Legislativo n.º 177 por el que se establece el Texto único de los servicios de medios audiovisuales y radiofónicos), de 31 de julio de 2005 (suplemento ordinario a la GURI n.º 208, de 7 de septiembre de 2005), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «TUSMAR»), dispone, en su artículo 2, apartado 1, letra s):

«El “[SIC]” comprende las actividades siguientes: prensa diaria y de otra periodicidad; publicaciones de anuarios y electrónicas, también por medio de internet; radio y servicios de comunicación audiovisual; cine; publicidad exterior; iniciativas de comunicación de productos y servicios; patrocinios.»

- 10 El artículo 43 del TUSMAR, titulado «Posiciones dominantes en el [SIC]», establece:

«1. Las entidades activas en el [SIC] están obligadas a notificar a la [AGCOM] los acuerdos y las operaciones de concentración para que esta pueda verificar el respeto de los principios enunciados en los apartados 7, 8, 9, 10, 11 y [...], según los procedimientos previstos en la reglamentación *ad hoc* que ella misma habrá adoptado.

[...]

5. Adaptándose a la evolución de las características de los mercados, [...] la [AGCOM] adoptará las medidas necesarias para eliminar las posiciones contempladas en los apartados 7, 8, 9, 10, 11 [...] o cualquier otra posición que pueda resultar perjudicial para el pluralismo o para impedir su formación.
[...]

7. En el momento de la íntegra ejecución del plan nacional de asignación de frecuencias radiofónicas y televisivas en la modalidad digital, un mismo proveedor de contenidos no podrá, ni siquiera a través de sociedades que puedan considerarse controladas o vinculadas en el sentido de los apartados 13, 14 y 15, ser titular de autorizaciones que permitan emitir más del 20 % de la programación televisiva o más del 20 % de la programación radiofónica que pueda difundirse mediante frecuencias terrestres de ámbito nacional a través de las redes previstas a dicho nivel.

8. Hasta la íntegra ejecución del plan nacional de asignación de frecuencias televisivas en la modalidad digital, el límite del número total de programas por entidad será del 20 % y se calculará con respecto al número total de programas televisivos concedidos o emitidos, con arreglo al artículo 23, apartado 1, de la legge n. 112 — Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana SpA, nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione (Ley n.º 112 — Normativa básica en materia de estructura del sistema de radiotelevisión y de la RAI-Radiotelevisione italiana SpA, que delega en el Gobierno la publicación del texto único de radiotelevisión), de 3 de mayo de 2004 [(suplemento ordinario a la GURI n.º 104, de 5 de mayo de 2004)], a nivel nacional en frecuencias terrestres, indistintamente en las modalidades analógica o digital. Los programas televisivos emitidos en la modalidad digital podrán contribuir a formar la base de cálculo cuando cubran el 50 % de la población. Para determinar si se respeta el límite

del 20 %, no se computarán los programas que retransmitan simultáneamente los emitidos en la modalidad analógica. El presente criterio de cálculo se aplicará únicamente a las entidades que transmitan en la modalidad digital programas que cubran el 50 % de la población nacional.

9. Sin perjuicio de la prohibición de constitución de posiciones dominantes en los mercados concretos que compongan el [SIC], las personas obligadas a inscribirse en el registro de operadores de comunicación constituido de conformidad con el artículo 1, apartado 6, letra a), punto 5, de la legge n. 249 — Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo (Ley n.º 249 — Creación de la autoridad reguladora de las comunicaciones y normativa relativa a los sistemas de telecomunicaciones y de radiotelevisión), de 31 de julio de 1997 [(suplemento ordinario a la GURI n.º 177, de 31 de julio de 1997)], no podrán obtener, ni directa ni indirectamente, a través de empresas controladas o vinculadas en el sentido de los apartados 14 y 15, ingresos superiores al 20 % de los ingresos totales del [SIC].

10. Los ingresos a los que se refiere el apartado 9 serán los procedentes de la financiación del servicio público radiotelevisivo, una vez deducidos los derechos adeudados al Tesoro Público, la publicidad nacional y local, incluso directa, la televenta, el patrocinio, las iniciativas de comunicación del producto realizadas en el punto de venta, con excepción de los descuentos, los convenios de tracto sucesivo celebrados con entidades públicas y los concursos públicos adjudicados directamente a las entidades que ejercen las actividades mencionadas en el artículo 2, apartado 1, letra s), las ofertas televisivas de suscripción, los abonos y la venta de prensa diaria y de otra periodicidad, incluidos los productos impresos y fonográficos comercializados conjuntamente, así como las agencias de prensa nacionales, publicaciones electrónicas y de anuarios, también por internet, la publicidad en línea y en las distintas plataformas, también de forma directa, incluidos los recursos obtenidos mediante motores de búsqueda, las plataformas sociales y para compartir, y el uso de obras cinematográficas en las distintas formas de utilización por el público.

11. Las empresas, por sí mismas o a través de sociedades controladas o vinculadas, cuyos ingresos en el sector de las comunicaciones electrónicas, definido en el artículo 18 del decreto legislativo n. 259 — Codice delle comunicazioni elettroniche (Decreto Legislativo n.º 259 por el que se establece el Código de las comunicaciones electrónicas), de 1 de agosto de 2003 [(suplemento ordinario a la GURI n.º 214, de 15 de septiembre de 2003)], sean superiores al 40 % de los ingresos totales de dicho sector, no podrán obtener en el [SIC] ingresos superiores al 10 % de dicho sistema.

[...]

13. A efectos de determinar las posiciones dominantes prohibidas por el presente texto único en el [SIC], también se contabilizarán las participaciones en el capital adquiridas o, en todo caso, poseídas a través de sociedades controladas, aunque sea indirectamente, y de sociedades fiduciarias o por persona interpuesta. Se considerarán adquiridas las participaciones cuya propiedad pase de una entidad a otra, en particular como consecuencia de operaciones de fusión, escisión, cesión, transmisión de sociedades u otras similares que interesen a dichas entidades, o en relación con tales operaciones. Cuando existan entre los diferentes accionistas, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, acuerdos relativos al ejercicio concertado del voto o, en todo caso, a la gestión de la sociedad de que se trate que difieran de la mera consulta entre socios, se presumirá que cada uno de ellos ostenta la totalidad de las acciones o participaciones que posean o controlen los socios que sean parte en dichos acuerdos.

14. A los efectos del presente Texto Único, hay control, especialmente en lo que respecta a las entidades distintas de las sociedades, en los casos previstos por el artículo 2359, párrafos primero y segundo, del Codice civile (Código Civil).

15. Se considerará que existe control en forma de influencia dominante, salvo prueba en contrario, siempre que concurra alguna de las situaciones siguientes:

a) cuando exista una entidad que, por sí sola o en concertación con otros accionistas, tenga la posibilidad de ejercer la mayoría de los derechos de voto de la junta ordinaria o de nombrar o destituir a la mayoría de los administradores;

- b) cuando existan, incluso entre socios, vínculos de carácter financiero, organizativo o económico aptos para producir alguno de los siguientes efectos:
- 1) la transferencia de beneficios y pérdidas;
 - 2) la coordinación de la gestión de una empresa con la de otras empresas, con el fin de perseguir un objetivo común;
 - 3) la atribución de poderes que excedan de lo inherente a las acciones o a las participaciones de que se disponga;
 - 4) la atribución de facultades, por lo que respecta a la elección de los administradores y directivos de las empresas, a entidades distintas de las legítimamente basadas en la estructura de propiedad;
- c) cuando exista una relación de subordinación con respecto a una dirección común que pueda resultar también de las características de la composición de los órganos administrativos o de otros elementos significativos y cualitativos.

[...]»

Código Civil

11 El artículo 2359 del Código Civil, titulado «Sociedades controladas y sociedades vinculadas», dispone:

«Se considerarán sociedades controladas:

- 1) las sociedades en las que otra sociedad disponga de la mayoría de los derechos de voto ejercitables en la junta ordinaria;
- 2) las sociedades en las que otra sociedad disponga de derechos de voto suficientes para ejercer una influencia dominante en la junta ordinaria;
- 3) las sociedades que se hallen bajo la influencia dominante de otra sociedad en virtud de vínculos contractuales específicos con dicha sociedad.

A efectos de la aplicación de los puntos 1 y 2 del párrafo primero, se computarán también los derechos de voto de las sociedades controladas, de las sociedades fiduciarias y de los intermediarios; no se computarán los derechos de voto ejercidos por cuenta de terceros.

Se considerarán sociedades vinculadas aquellas en las que una ejerza sobre las otras una influencia considerable. Se presumirá tal influencia cuando la sociedad pueda ejercitar por lo menos una quinta parte de los derechos de voto, o bien una décima parte si posee acciones cotizadas en los mercados regulados».

Código de las comunicaciones electrónicas

12 El artículo 18 del Decreto Legislativo n.º 259 por el que se establece el Código de las comunicaciones electrónicas, en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Código de las comunicaciones electrónicas»), lleva por título «Procedimiento de definición de mercados». Con arreglo a este artículo:

«1. Teniendo en cuenta en la mayor medida posible las Recomendaciones relativas a los mercados pertinentes de productos y servicios del sector de las comunicaciones electrónicas, en lo sucesivo denominadas “Recomendaciones”, y las directrices, la [AGCOM] definirá los mercados pertinentes de conformidad con los principios del Derecho de la competencia y sobre la base de las características y de la estructura del mercado nacional de comunicaciones electrónicas. La [AGCOM] aplicará el procedimiento establecido en los artículos 11 y 12 antes de definir mercados distintos de los enumerados en las Recomendaciones.»

- 13 La Ley n.º 249, de 31 de julio de 1997, indica, en su artículo 1, apartado 6, letra a), punto 5, entre las competencias de la AGCOM, lo siguiente:

«[La AGCOM] se encargará de la llevanza del registro de operadores de comunicación en el que deberán inscribirse, con arreglo a la presente Ley, las personas a las que la [AGCOM] u otras administraciones competentes otorguen concesiones o autorizaciones con arreglo a la normativa vigente, las empresas concesionarias de publicidad difundida mediante equipos radiofónicos o televisivos, o en prensa diaria y de otra periodicidad, en Internet y demás plataformas digitales fijas o móviles, las empresas de producción y distribución de programas radiofónicos y televisivos, las empresas editoras de diarios, periódicos o revistas y las agencias de prensa nacionales, así como las empresas que presten servicios telemáticos y de telecomunicaciones, incluida la publicación electrónica y digital; también se incluirán en el registro las infraestructuras de comunicación que operen en el territorio nacional. La [AGCOM] adoptará un reglamento *ad hoc* que regule la organización y la llevanza del registro, así como la definición de los criterios de determinación de las entidades obligadas a inscribirse distintas de las ya inscritas en el registro en el momento de entrada en vigor de la presente Ley.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 14 Vivendi, sociedad francesa inscrita en el Registro mercantil de París (Francia), es la matriz de un grupo presente en los sectores de los medios de comunicación y de la creación y la distribución de contenidos audiovisuales.
- 15 Vivendi posee el 23,9 % del capital de Telecom Italia SpA, sociedad de la que tiene el control desde que, en esencia, se hizo con la mayoría de los derechos de voto en la junta de accionistas de esta sociedad, en la votación que tuvo lugar en la junta de accionistas de 4 de mayo de 2017.
- 16 El 8 de abril de 2016, Vivendi, Mediaset y Reti Televisive Italiane SpA celebraron un contrato de colaboración estratégica mediante el que Vivendi adquirió el 3,5 % del capital social de Mediaset y el 100 % del de Mediaset Premium SpA, cediendo a cambio a Mediaset el 3,5 % de su propio capital social.
- 17 A raíz de desavenencias relativas a ese acuerdo, Vivendi comenzó, en diciembre de 2016, una campaña hostil de adquisición de acciones de Mediaset. El 22 de diciembre de 2016, Vivendi llegó así a poseer el 28,8 % del capital social de Mediaset y el 29,94 % de los derechos de voto en la junta de accionistas de Mediaset. Esta participación minoritaria cualificada no le permitía, sin embargo, ejercer el control de Mediaset, que permaneció bajo el control del grupo Fininvest.
- 18 En este contexto, el 20 de diciembre de 2016, Mediaset denunció ante la AGCOM que Vivendi había vulnerado el artículo 43, apartado 11, del TUSMAR (en lo sucesivo, «disposición controvertida en el litigio principal»), debido a que las participaciones de Vivendi en Telecom Italia y en Mediaset suponían que los ingresos de Vivendi en el sector de las comunicaciones electrónicas, por una parte, y en el SIC, por otra, hubiesen sobrepasado, a su juicio, los umbrales establecidos en esa disposición, según la cual, las empresas, por sí mismas o a través de sociedades controladas o vinculadas, cuyos ingresos en el sector de las comunicaciones electrónicas sean superiores al 40 % de los ingresos totales de dicho sector, no podrán obtener en el SIC ingresos superiores al 10 % de dicho sistema.
- 19 Mediante resolución de 18 de abril de 2017 (en lo sucesivo, «resolución de la AGCOM»), la AGCOM consideró que Vivendi había infringido la disposición controvertida en el litigio principal. A este respecto, dicha autoridad señaló que Vivendi era una sociedad vinculada a Telecom Italia y a Mediaset, puesto que disponía de más de una quinta parte de los derechos de voto en la junta de accionistas de las respectivas sociedades, que Vivendi había obtenido el 59 % de los ingresos del sector de las comunicaciones electrónicas —que se compone de los servicios minoristas por red fija, de los servicios mayoristas por red fija o móvil y de los servicios de radiodifusión televisiva para la transmisión de contenidos a los usuarios finales—, y que Mediaset había obtenido el 13,3 % de los ingresos del SIC.

Mediante esta resolución, la AGCOM también ordenó a Vivendi que pusiera fin a la mencionada adquisición de participaciones en el capital de Mediaset y en el de Telecom Italia en un plazo de doce meses.

- 20 En dicha resolución, la AGCOM consideró, en particular, que únicamente los mercados que hubiesen sido objeto de regulación con arreglo a los artículos 15 y 16 de la Directiva marco eran pertinentes a efectos de aplicar la disposición controvertida en el litigio principal. También precisó que dicha disposición pretendía proteger el pluralismo de los medios de comunicación y que, en particular, su objetivo era evitar, habida cuenta de la creciente convergencia entre las telecomunicaciones y los medios de comunicación, ciertos efectos distorsionadores en el pluralismo de los medios de comunicación que pueden producirse cuando una empresa con peso significativo en el mercado del sector de las comunicaciones electrónicas alcanza una «dimensión económica importante» en el SIC. En este contexto, la AGCOM añadió que los límites fijados por la disposición controvertida en el litigio principal tenían carácter automático, dado que se aplican con independencia de cualquier análisis de tales efectos distorsionadores y con independencia de cualquier consideración relativa al Derecho de la competencia.
- 21 El 6 de abril de 2018, Vivendi ejecutó la orden que le había transmitido la AGCOM transfiriendo a una sociedad tercera la titularidad del 19,19 % de las acciones de Mediaset, que representaban el 19,95 % de los derechos de voto en la junta de accionistas de Mediaset. De esta manera, Vivendi mantenía una participación accionarial directa en Mediaset inferior al 10 % de los derechos de voto ejercitables en la junta de accionistas de esta.
- 22 No obstante, Vivendi interpuso un recurso contra la resolución de la AGCOM ante el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), el tribunal remitente.
- 23 En este recurso, Vivendi alega, en primer lugar, que la AGCOM definió incorrectamente el sector de las comunicaciones electrónicas, puesto que, para calcular los ingresos totales de dicho sector, la AGCOM debería haber computado todos los mercados que realmente componen el sector de las comunicaciones electrónicas y no únicamente una parte de ellos, concretamente los que fueron objeto de una decisión de análisis del mercado destinada a detectar la presencia de operadores en posición dominante y que excluía mercados importantes, como el de los servicios minoristas de telefonía móvil.
- 24 En segundo lugar, Vivendi sostiene que la AGCOM interpretó erróneamente el concepto de «sociedad vinculada», en el sentido del artículo 2359, párrafo tercero, del Código Civil, al contabilizar los ingresos de las sociedades que forman parte del grupo Mediaset, a pesar de que ni están controladas por Vivendi ni están vinculadas a ella ni Vivendi ejerce sobre ellas ninguna «influencia considerable», en el sentido de dicha disposición.
- 25 En tercer lugar, Vivendi alega infracción de los artículos 49 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE, ya que estima que la resolución de la AGCOM afectó a la posibilidad de que una sociedad registrada en Francia adquiriera una participación minoritaria en una sociedad registrada en Italia.
- 26 En cuarto lugar, Vivendi aduce que la disposición controvertida en el litigio principal es discriminatoria, ya que, para algunos otros operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, dicha disposición fija el umbral de ingresos del SIC en el 20 %, en lugar del 10 %.
- 27 La AGCOM alega que la prohibición de alcanzar una «dimensión económica importante» en el SIC, establecida por la disposición controvertida en el litigio principal, tiene como fundamento jurídico el principio de pluralismo de los medios de comunicación, consagrado, en particular, en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el considerando 8 de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual. Además, la AGCOM subraya que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las libertades fundamentales pueden ser objeto de limitaciones para garantizar el pluralismo de los medios de comunicación en los Estados miembros.
- 28 En este contexto, el tribunal remitente observa que es necesario evaluar la adecuación y proporcionalidad de las restricciones impuestas por la disposición controvertida en el litigio principal no solo en relación con la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre

circulación de capitales, sino también con principios como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación.

29 En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) Aun cuando corresponde a los Estados miembros comprobar cuándo las empresas ocupan una posición dominante (con la consiguiente imposición a las mismas de obligaciones específicas), ¿es contraria al derecho de la Unión y, en particular, al principio de libre circulación de capitales establecido en el artículo 63 TFUE, [la disposición controvertida en el litigio principal], y ello en la parte en que —a través de la remisión al artículo 18 del Código de las comunicaciones electrónicas— se limita el sector en cuestión a los mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, pese a que la experiencia demuestra que la información (cuyo pluralismo persigue esta norma) se vehicula de un modo creciente a través del uso de internet, de los ordenadores personales y de la telefonía móvil, hasta el punto de poder hacer irrazonable la exclusión del propio sector, en particular, de los servicios minoristas de telefonía móvil, por la mera razón de operar en régimen de plena competencia, debiendo tenerse en cuenta, respecto a cuanto antecede, el hecho de que la AGCOM ha establecido los límites del sector de las comunicaciones electrónicas a efectos de la aplicación de [la disposición controvertida en el litigio principal], precisamente con ocasión del procedimiento examinado [en el litigio principal], teniendo en cuenta únicamente los mercados respecto a los cuales se haya realizado al menos un análisis desde la entrada en vigor del Código de las comunicaciones electrónicas, esto es, desde 2003 hasta la actualidad, y con los ingresos resultantes de la última comprobación pertinente, efectuada en 2015?
- 2) ¿Se oponen los principios de protección de la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, establecidos en los artículos 49 [TFUE] y 56 [TFUE], los artículos 15 y 16 de la [Directiva marco], dirigidos a la protección del pluralismo y de la libertad de expresión, y el principio de Derecho de la Unión de proporcionalidad, a la aplicación de una normativa nacional en materia de servicios públicos de comunicación audiovisual y radiofónica, como la normativa italiana contenida en [la disposición controvertida en el litigio principal] y en el artículo 43, apartado 14 [del TUSMAR], según la cual los ingresos pertinentes para determinar el segundo umbral de superación del 10 % son aplicables también a las empresas no controladas ni sujetas a una influencia dominante, sino únicamente “vinculadas” en el sentido del artículo 2359 del Código Civil (al que remite el [citado] apartado 14 del artículo 43), aunque no pueda ejercerse respecto a estas últimas influencia alguna sobre la información divulgada?
- 3) ¿Se oponen los principios de protección de la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, establecidos en los artículos 49 [TFUE] y 56 [TFUE], los artículos 15 y 16 de la [Directiva marco], los principios de protección del pluralismo de las fuentes de información y de defensa de la competencia en el sector de la radiotelevisión establecidos en la [Directiva de servicios de comunicación audiovisual] y en la [Directiva marco], a una normativa nacional como [el TUSMAR], el cual, en el apartado 9 del artículo 43 y en [la disposición controvertida en el litigio principal], somete a umbrales máximos muy diversos (respectivamente, del 20 % y del 10 %), a las “personas obligadas a inscribirse en el registro de operadores de comunicación, establecido de conformidad con el artículo 1, apartado 6, letra a), punto 5, de la Ley n.º 249, de 31 de julio de 1997” (o bien a las personas beneficiarias de concesiones o autorizaciones en virtud de la normativa vigente, o por parte de la AGCOM o de otras administraciones competentes, así como las empresas concesionarias de publicidad transmitida de cualquier otro modo, las empresas editoriales, etc., mencionadas en el apartado 9), respecto a las empresas que operan en el sector de las comunicaciones electrónicas, antes definido (en el ámbito [de la disposición controvertida en el litigio principal])?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

- 30 El Gobierno italiano considera que la primera cuestión prejudicial es hipotética, pues, aunque se hubiera delimitado el sector de las comunicaciones electrónicas de manera más amplia, Vivendi habría tenido en el año de referencia, debido a su control de Telecom Italia, una cuota del 45,9 % de los ingresos de dicho sector. Por consiguiente, se habría sobrepasado, en todo caso, el umbral del 40 % establecido por la disposición controvertida en el litigio principal.
- 31 Mediaset considera que la petición de decisión prejudicial en su conjunto es inadmisibile, ya que el tribunal remitente no define con claridad y coherencia el marco normativo nacional ni explica la pertinencia para la resolución del litigio principal de algunas de las disposiciones del Derecho de la Unión a las que hace referencia en dicha petición.
- 32 A este respecto, procede recordar que corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio principal y que debe asumir la responsabilidad de la resolución judicial que ha de adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación de una norma de Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse (sentencia de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros, C-621/18, EU:C:2018:999, apartado 26 y jurisprudencia citada).
- 33 De ello se desprende que las cuestiones prejudiciales relativas al Derecho de la Unión gozan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación de una norma de la Unión que se ha solicitado carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros, C-621/18, EU:C:2018:999, apartado 27 y jurisprudencia citada).
- 34 En el caso de autos, por lo que respecta a la alegación del Gobierno italiano, procede señalar que la primera cuestión prejudicial planteada se refiere precisamente a la compatibilidad con el Derecho de la Unión del umbral del 40 % de los ingresos totales del sector de las comunicaciones electrónicas fijado para restringir el acceso al SIC de las empresas presentes en dicho sector. Pues bien, el hecho de que, como afirma el citado Gobierno, Vivendi sobrepase en cualquier caso ese umbral es irrelevante en cuanto a si la propia existencia de tal umbral puede considerarse compatible con el Derecho de la Unión, que es, en esencia, lo que pretende determinar el tribunal remitente. Por tanto, esta primera cuestión prejudicial no es hipotética, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 33 de la presente sentencia.
- 35 Por lo que respecta a la alegación formulada por Mediaset, procede señalar que, aunque en la petición de decisión prejudicial el tribunal remitente mencione algunas disposiciones del Derecho de la Unión sin explicar su relevancia para la resolución del litigio principal, dicha petición contiene suficientes elementos de juicio para poder comprender las cuestiones jurídicas planteadas en cuanto a la eventual incompatibilidad de la disposición controvertida en el litigio principal con las normas del Derecho de la Unión.
- 36 De ello resulta que las cuestiones prejudiciales planteadas son admisibles.

Sobre el fondo

Observaciones preliminares

- 37 En primer lugar, hay que indicar que la primera cuestión prejudicial planteada hace referencia al artículo 63 TFUE, relativo a la libre circulación de capitales, mientras que las cuestiones prejudiciales segunda y tercera hacen referencia a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, relativos, el primero, a la libertad de establecimiento y, el segundo, a la libre prestación de servicios. Ha de comenzarse, pues, determinando la libertad pertinente en el caso de autos.
- 38 A este respecto, procede señalar, en primer término, que la resolución de remisión no contiene ningún dato concreto que haga creer que es objeto del litigio principal la prestación transfronteriza de

servicios. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia no examinará, en el contexto de esta remisión prejudicial, el artículo 56 TFUE.

- 39 En segundo término, en cuanto a si una normativa nacional se inscribe en el ámbito de la libertad de establecimiento o de la libre circulación de capitales, ha de recordarse que, de reiterada jurisprudencia se desprende que procede tomar en consideración el objeto de dicha normativa (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 90 y jurisprudencia citada).
- 40 Por tanto, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 49 TFUE, relativo a la libertad de establecimiento, una normativa nacional destinada a aplicarse únicamente a las adquisiciones de participaciones que permitan ejercer una influencia real en las decisiones de una sociedad y determinar las actividades de esta (sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 91 y jurisprudencia citada).
- 41 En cambio, las disposiciones nacionales aplicables a adquisiciones de participaciones efectuadas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa en cuestión deben examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales (sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 92 y jurisprudencia citada).
- 42 En el caso de autos, el objetivo del artículo 43 del TUSMAR es controlar las concentraciones en el SIC para evitar la constitución de «posiciones dominantes», en el sentido del Derecho italiano, en los mercados concretos que componen el SIC. En otras palabras, la finalidad de este artículo, del que forma parte la disposición controvertida en el litigio principal, es, con carácter general, fijar límites al control que puede ejercerse sobre las sociedades que operan en el SIC.
- 43 A este respecto, la disposición controvertida en el litigio principal, que impide que una sociedad cuyos ingresos en el sector de las comunicaciones electrónicas sean superiores al 40 % de los ingresos totales de dicho sector obtenga en el SIC ingresos superiores al 10 % de dicho sistema, permite fijar límites a ese control.
- 44 Además, por una parte, la adquisición del 23,94 % del capital de Telecom Italia permitió a Vivendi hacerse con la mayoría de los derechos de voto en la junta de accionistas de aquella y, posteriormente, tomar el control de dicha empresa, situación que se inscribe en la libertad de establecimiento. Por otra parte, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que el objetivo perseguido por Vivendi cuando adquirió las acciones de Mediaset no era realizar una mera inversión de capital, sino intervenir en la gestión de Mediaset y adquirir una cuota significativa del sector de los medios de comunicación italianos.
- 45 Por tanto, habida cuenta del objetivo general del artículo 43 del TUSMAR y del objetivo de la adquisición de participaciones controvertida en el litigio principal, que es ejercer una influencia real en las decisiones de Mediaset y determinar las actividades de esta, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 40 de la presente sentencia, procede examinar el presente asunto a la luz de las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento.
- 46 En segundo lugar, hay que observar que las cuestiones prejudiciales segunda y tercera se refieren a los artículos 15 y 16 de la Directiva marco, al principio de proporcionalidad y al principio de competencia en el sector de la radiodifusión televisiva mencionado en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual y en la Directiva marco.
- 47 A este respecto, por una parte, ha de observarse que tanto la Directiva marco como la Directiva de servicios de comunicación audiovisual llevan a cabo una armonización no exhaustiva de las normativas nacionales en sus respectivos ámbitos, dejando a los Estados miembros cierto margen de apreciación para adoptar decisiones a nivel nacional. En particular, de conformidad con el artículo 1, apartado 3, de la Directiva marco, los Estados miembros siguen siendo competentes, en cumplimiento del Derecho de la Unión, para fomentar objetivos de interés general, en particular, en lo que respecta a la normativa sobre contenidos y a la política audiovisual.

48 Por otra parte, de la resolución de remisión no se desprende hasta qué punto la disposición controvertida en el litigio principal podría ser contraria a los artículos 15 y 16 de la Directiva marco, al principio de proporcionalidad y al principio de competencia en el sector de la radiodifusión televisiva mencionado en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual y en la Directiva marco. En efecto, la resolución de remisión menciona estos artículos y principios sin explicar la relación que presentan con las cuestiones prejudiciales planteadas.

49 Así pues, aunque pueden tenerse en cuenta, en su caso, algunas de las disposiciones de esas dos Directivas en el examen de las cuestiones prejudiciales planteadas, estas cuestiones, en realidad, no guardan relación con las obligaciones que pudieran derivarse de dichos artículos y principios. En cambio, suscitan la consideración de hasta qué punto la disposición controvertida en el litigio principal excede del margen de apreciación que la Directiva marco y la Directiva de servicios de comunicación audiovisual dejan a los Estados miembros, lo que requiere un examen a la luz del Derecho primario, en el caso de autos, el artículo 49 TFUE.

Sobre las cuestiones prejudiciales

50 Mediante sus tres cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pretende básicamente que se dilucide si el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que impide que una sociedad registrada en otro Estado miembro, por sí misma o a través de sociedades controladas o vinculadas, cuyos ingresos en el sector de las comunicaciones electrónicas, tal como se define a efectos de esa normativa nacional, sean superiores al 40 % de los ingresos totales de dicho sector, obtenga en el SIC ingresos superiores al 10 % de dicho sistema.

51 A este respecto, procede recordar que el artículo 49 TFUE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin distinción por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado FUE, y que tales efectos restrictivos pueden producirse, en particular, cuando una normativa nacional pueda disuadir a una empresa de crear entidades subordinadas a ella, como un establecimiento permanente, en otros Estados miembros y de ejercer su actividad por medio de esas entidades (sentencia de 10 de mayo de 2012, *Duomo Gpa* y otros, C-357/10 a C-359/10, EU:C:2012:283, apartado 35, y jurisprudencia citada).

52 Así ocurre con la disposición controvertida en el litigio principal, dado que prohíbe a cualquier empresa, establecida o no en el territorio nacional, cuyos ingresos en el sector de las comunicaciones electrónicas, tal como se define a efectos de esa normativa nacional, representen el 40 % de los ingresos totales de dicho sector, sobrepasar el umbral del 10 % de los ingresos del SIC y, por tanto, tomar el control, en su caso, de otra empresa establecida en ese territorio que ejerce sus actividades en él.

53 Así pues, en el caso de autos, como se desprende de los apartados 17 a 20 de la presente sentencia, la AGCOM, a la que se sometió el asunto cuando Vivendi adquirió el 28,8 % del capital social de Mediaset y el 29,94 % de los derechos de voto en la junta de accionistas de esta, prohibió a Vivendi, sobre la base de dicha disposición, conservar las participaciones que había adquirido en Mediaset o que poseía en Telecom Italia y ordenó a Vivendi que pusiera fin a esas participaciones en las citadas empresas en la medida en que sobrepasaban los umbrales previstos en esa disposición.

54 De este modo, la disposición controvertida en el litigio principal restringió la libertad de Vivendi para establecerse en Italia, impidiéndole una mayor influencia en la gestión de Mediaset mediante una adquisición de participaciones superior a la que había previsto. Por tanto, constituye una restricción a la libertad de establecimiento, en el sentido del artículo 49 TFUE.

55 De una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que solo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si está justificada por razones imperiosas de interés general. Es preciso, además, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (sentencia de 25 de octubre de 2017, *Polbud — Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804, apartado 52 y jurisprudencia citada).

- 56 A este respecto, por lo que respecta, en primer lugar, a la existencia de razones imperiosas de interés general, procede señalar que de la información facilitada por el tribunal remitente y de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se desprende que la disposición controvertida en el litigio principal fue adoptada con el propósito de garantizar el pluralismo de la información y de los medios de comunicación. El artículo 43, apartado 5, del TUSMAR también establece que la AGCOM adoptará las medidas necesarias para eliminar o impedir la formación de las posiciones contempladas en la disposición controvertida en el litigio principal, o de cualquier otra posición que pueda resultar perjudicial para el pluralismo.
- 57 El Tribunal de Justicia ha declarado que la salvaguarda de las libertades protegidas en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que, en su apartado 2, se refiere a la libertad y al pluralismo de los medios de comunicación, constituye indiscutiblemente un objetivo de interés general, cuya importancia procede destacar, en particular, en una sociedad democrática y pluralista, que puede justificar una restricción a la libertad de establecimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, apartado 52 y jurisprudencia citada).
- 58 El Protocolo n.º 29 sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, anexo a los Tratados UE y FUE, también alude al pluralismo de los medios de comunicación al declarar que «el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación».
- 59 Por consiguiente, en el caso de autos, la restricción a la libertad de establecimiento que resulta de la disposición controvertida en el litigio principal podría estar justificada, en principio, por una razón imperiosa de interés general, a saber, la protección del pluralismo de la información y de los medios de comunicación.
- 60 Por lo que respecta, en segundo lugar, a la proporcionalidad de esa restricción con respecto al objetivo perseguido, hay que señalar que el artículo 43, apartado 9, del TUSMAR prohíbe a las personas obligadas a inscribirse en el registro de operadores de comunicación obtener más del 20 % de los ingresos totales del SIC, con lo que establece una regla general que únicamente se aplica a las entidades que operan en el sector de las comunicaciones electrónicas.
- 61 Además, la disposición controvertida en el litigio principal introduce una norma aún más específica que la prevista en el artículo 43, apartado 9, del TUSMAR referida únicamente a las entidades del sector de las comunicaciones electrónicas, tal como se define a efectos de dicha disposición, que obtengan más del 40 % de los ingresos totales de dicho sector, y les prohíbe obtener más del 10 % de los ingresos totales del SIC.
- 62 Así pues, dicha disposición impide, en esencia, que una única empresa adquiera, por sí misma o a través de sus filiales, una cuota importante del sector de los medios de comunicación en Italia cuando ya tenga un peso significativo en el mercado del sector de las comunicaciones electrónicas en ese Estado miembro.
- 63 Pues bien, puesto que una prohibición como la que se deriva de la disposición controvertida en el litigio principal constituye una excepción al principio de la libertad de establecimiento, corresponde a las autoridades nacionales demostrar que esa disposición respeta el principio de proporcionalidad, es decir, que es adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo invocado, y que dicho objetivo no puede alcanzarse mediante prohibiciones o limitaciones de menor amplitud o que afecten en menor medida al ejercicio de esa libertad (véase, por analogía, la sentencia de 23 de diciembre de 2015, *Scotch Whisky Association y otros*, C-333/14, EU:C:2015:845, apartado 53 y jurisprudencia citada).
- 64 En el caso de autos, procede señalar que del considerando 5 de la Directiva marco resulta que, ciertamente, existen vínculos entre los dos sectores a los que se refiere la disposición controvertida en el litigio principal, habida cuenta de la convergencia de los sectores de las telecomunicaciones, de los medios de comunicación y de las tecnologías de la información.

- 65 Como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, dada la proximidad entre el sector de los servicios de comunicación electrónica y el de los medios de comunicación, cabe admitir, en principio, que se erijan ciertos límites a que las empresas que ya tienen una «posición dominante» en el primero aprovechen esa posición para fortalecer su posición en el segundo.
- 66 No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que las diversas directivas que conforman el nuevo marco reglamentario aplicable a los servicios de comunicaciones electrónicas, entre las que figura la Directiva marco, establecen una clara distinción entre la producción de contenidos, que implica una responsabilidad editorial, y el transporte de los contenidos, exento de cualquier responsabilidad editorial, ya que los contenidos y su transmisión están sujetos a normativas distintas que persiguen objetivos específicos (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de junio de 2019, Google, C-193/18, EU:C:2019:498, apartado 31 y jurisprudencia citada).
- 67 Debido a esta clara distinción entre la producción y el transporte de contenidos, las empresas que operan en el sector de las comunicaciones electrónicas, que controlan el transporte y la transmisión de contenidos, no controlan necesariamente la producción de dichos contenidos, que implica una responsabilidad editorial.
- 68 En el caso de autos, la disposición controvertida en el litigio principal no alude a esos vínculos entre la producción y el transporte de contenidos ni tampoco está redactada de manera que se aplique específicamente en relación con dichos vínculos.
- 69 Esta disposición prohíbe categóricamente a las entidades cuyos ingresos en el sector de las comunicaciones electrónicas, tal como se define a efectos de dicha normativa, sean superiores al 40 % de los ingresos totales de dicho sector obtener en el SIC ingresos superiores al 10 % de dicho sistema.
- 70 Así pues, para determinar si una disposición como la controvertida en el litigio principal es adecuada para alcanzar ese objetivo específico de impedir que se produzcan los aspectos negativos de convergencia entre el sector de las comunicaciones electrónicas y el SIC, hay que evaluar cuál es la relación entre, por una parte, los umbrales a los que se refiere esa disposición y, por otra, el riesgo para el pluralismo de los medios de comunicación.
- 71 Por lo que respecta, en primer lugar, a la definición del sector de las comunicaciones electrónicas, de la petición de decisión prejudicial se desprende que la AGCOM define este sector de manera restrictiva, como referido a los mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante*.
- 72 Como resulta de los artículos 15 y 16 de la Directiva marco, interpretados a la luz de sus considerandos 25 y 27, estos mercados son los del sector de las comunicaciones electrónicas en general, incluidos los nuevos mercados, en los que no existe competencia efectiva, identificados por la Comisión como mercados pertinentes de productos o servicios con vistas, en su caso, a la introducción por las autoridades nacionales competentes de obligaciones regulatorias *ex ante* dirigidas a completar la normativa del Derecho de la competencia con el fin de resolver las dificultades que existen en esos mercados (sentencia de 3 de diciembre de 2009, Comisión/Alemania, C-424/07, EU:C:2009:749, apartados 56 y 64).
- 73 Resulta, pues, que el mecanismo de las obligaciones regulatorias *ex ante* está destinado a resolver problemas específicos que surjan en mercados propios del sector de las comunicaciones electrónicas y no a garantizar el pluralismo en el sector de los medios de comunicación permitiendo identificar, entre las empresas que ya tienen peso significativo en el mercado del sector de las comunicaciones electrónicas, las que podrían alcanzar una «dimensión económica importante» en el SIC.
- 74 Como puso de manifiesto el Abogado General, en esencia, en los puntos 51, 52, 79 y 80 de sus conclusiones, al limitar la definición del sector de las comunicaciones electrónicas a los mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, la disposición controvertida en el litigio principal, tal como la interpreta la AGCOM, excluye del sector de las comunicaciones electrónicas mercados de creciente importancia para la transmisión de información, a saber, los servicios minoristas de telefonía móvil o incluso otros servicios de comunicaciones electrónicas vinculados a Internet o los servicios de

radiodifusión por satélite. Pues bien, estos se han convertido en la vía principal para el acceso a los medios de comunicación, por lo que no está justificado excluirllos de dicha definición.

- 75 Seguidamente, en lo que atañe al umbral del 10 % de los ingresos totales del SIC, mencionado en la disposición controvertida en el litigio principal, procede observar que el hecho de obtener o no ingresos equivalentes al 10 % de los ingresos totales del SIC no es, en sí mismo, un indicio de posible influencia en el pluralismo de los medios de comunicación. En efecto, del artículo 2, apartado 1, letra s), del TUSMAR se desprende que el SIC comprende mercados diversos y variados. Así pues, si los ingresos totales obtenidos por una empresa en el SIC debieran concentrarse en uno solo de los mercados que componen dicho sistema, de modo que el porcentaje alcanzado en ese mercado fuera claramente superior al 10 %, aunque siguiera por debajo del 10 % al computarse todos los mercados que componen el SIC, el hecho de que no se alcanzase el umbral del 10 % de ingresos totales del SIC no excluiría todo riesgo para el pluralismo de los medios de comunicación. De modo similar, en el supuesto de que se alcanzara el umbral del 10 % de ingresos totales del SIC pero ese 10 % de ingresos se repartiese en cada uno de los mercados concretos que componen el SIC, el hecho de que se alcanzase o sobrepasase dicho umbral del 10 % no sería necesariamente revelador de la existencia de un riesgo para el pluralismo de los medios de comunicación.
- 76 Por último, por lo que respecta al hecho de que la AGCOM, con el fin de identificar los ingresos obtenidos por una empresa en el sector de las comunicaciones electrónicas o en el SIC, contabilice no solo los ingresos obtenidos a través de sociedades «controladas», sino también a través de sociedades «vinculadas», sobre las que la empresa de que se trate ejerza una «influencia considerable», en el sentido del artículo 2359, párrafo tercero, del Código Civil, procede señalar que de la petición de decisión prejudicial se desprende que esa práctica puede conllevar que se contabilicen dos veces los ingresos, con lo que puede falsearse el cálculo de los ingresos del SIC. En efecto, los mismos ingresos de una sociedad que opera en el SIC pueden contabilizarse de este modo tanto para calcular los ingresos de una empresa que es su accionista minoritario como para calcular los ingresos de una empresa que es su accionista mayoritario y la controla realmente.
- 77 Además, hay que señalar que el «control» ejercido sobre una «sociedad vinculada» se basa en una presunción amplia, según la cual una sociedad ejerce una «influencia considerable» sobre otra sociedad cuando la primera de ellas puede ejercer una quinta parte de los derechos de voto en la junta de accionistas de la segunda, o bien una décima parte si la primera sociedad posee acciones cotizadas en los mercados regulados. Pues bien, tales circunstancias no permiten demostrar que la primera sociedad pueda ejercer realmente una influencia en la segunda capaz de menoscabar el pluralismo de los medios de comunicación y de la información.
- 78 Así pues, en una situación como la del litigio principal, asimilar, en el cálculo de los ingresos obtenidos por una empresa en el sector de las comunicaciones electrónicas o en el SIC, la situación de una «sociedad controlada» a la de una «sociedad vinculada» no resulta conciliable con el objetivo perseguido por la disposición controvertida en el litigio principal.
- 79 Por consiguiente, no puede considerarse que dicha disposición sea capaz de alcanzar el objetivo que persigue, por cuanto fija umbrales que no guardan relación con el riesgo para el pluralismo de los medios de comunicación, ya que estos umbrales no permiten determinar si una empresa puede efectivamente influir, y en qué medida, en el contenido de los medios de comunicación.
- 80 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que impide que una sociedad registrada en otro Estado miembro, cuyos ingresos en el sector de las comunicaciones electrónicas, tal como se define a efectos de esa normativa, sean superiores al 40 % de los ingresos totales de dicho sector, obtenga en el SIC ingresos superiores al 10 % de dicho sistema.

Costas

- 81 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los

gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que impide que una sociedad registrada en otro Estado miembro, cuyos ingresos en el sector de las comunicaciones electrónicas, tal como se define a efectos de esa normativa, sean superiores al 40 % de los ingresos totales de dicho sector, obtenga en el sistema integrado de comunicaciones ingresos superiores al 10 % de dicho sistema.

Firmas

* Lengua de procedimiento: italiano.