



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

26 juli 2017\*

„Prejudiciële verwijzing – Elektronische communicatie – Telecommunicatiediensten – Richtlijnen 2002/20/EG, 2002/21/EG en 2002/77/EG – Gelijke behandeling – Vaststelling van het aantal digitale radiofrequenties dat moet worden toegewezen aan elke marktdeelnemer die al over analoge radiofrequenties beschikt – Inaanmerkingneming van illegaal gebruikte analoge radiofrequenties – Verhouding tussen het aantal in bezit zijnde analoge radiofrequenties en het aantal ontvangen digitale radiofrequenties”

In zaak C-112/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 2 juli 2015, ingekomen bij het Hof op 24 februari 2016, in de procedure

**Persidera SpA**

tegen

**Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,**

**Ministero dello Sviluppo Economico, delle Infrastrutture e dei Trasporti,**

in tegenwoordigheid van:

**Radiotelevisione italiana SpA (RAI),**

**Reti Televisive Italiane SpA (RTI),**

**Elettronica Industriale SpA,**

**Television Broadcasting System Spa,**

**Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino Srl,**

**Rete A SpA,**

**Centro Europa 7 Srl,**

**Prima TV SpA,**

**Sky Italia Srl,**

\* Procestaal: Italiaans.

**Elemedia SpA,**

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, E. Juhász, C. Vajda, K. Jürimäe (rapporteur) en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: X. Lopez Bancalari, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 februari 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- Persidera SpA, vertegenwoordigd door F. Pace, L. Sabelli en B. Caravita di Toritto, avvocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- Radiotelevisione italiana SpA (RAI), vertegenwoordigd door G. de Vergottini, avvocato,
- Reti Televisive Italiane SpA (RTI), vertegenwoordigd door L. Medugno, G. Rossi, I. Perego, G.M. Roberti en M. Serpone, avvocati,
- Elettronica Industriale SpA, vertegenwoordigd door G. Rossi en L. Medugno, avvocati,
- de Sloveense regering, vertegenwoordigd door A. Vran als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Nicolae, L. Malferrari en G. Braun als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 30 maart 2017,

het navolgende

### **Arrest**

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 21), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB 2009, L 337, blz. 37) (hierna: „machtigingsrichtlijn”), artikel 9 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140 (hierna: „kaderrichtlijn”), de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten (PB 2002, L 249, blz. 21; hierna:

„mededingingsrichtlijn”) alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrije mededinging, het evenredigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van pluriformiteit op informatiegebied.

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen enerzijds Persidera SpA en anderzijds de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (autoriteit voor telecommunicatie, Italië; hierna: „AGCOM”) en het Ministero dello Sviluppo Economico, delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministerie van Economische Ontwikkeling, Infrastructuur en Transport, Italië) over de toewijzing van gebruiksrechten voor radiofrequenties voor terrestrische digitale televisie-uitzendingen.

### **Toepasselijke bepalingen**

- 3 Het nieuwe gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronischecomunicatiediensten, voor elektronischecomunicatienetwerken alsook voor de bijbehorende faciliteiten en diensten (hierna: „NGR”) bestaat uit de kaderrichtlijn en uit vier bijzondere richtlijnen, waaronder de machtigingsrichtlijn, die worden aangevuld door de mededingingsrichtlijn.

### ***Kaderrichtlijn***

- 4 Artikel 2, onder g), van de kaderrichtlijn definieert de „nationale regelgevende instantie” (NRI) als „één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd”. Uit punt 1) van dit artikel 2 blijkt dat de machtigingsrichtlijn een van de bijzondere richtlijnen is.

- 5 Artikel 8, lid 1, eerste alinea, en lid 4, onder b), van die richtlijn, luidt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de [NRI's] bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in de leden 2, 3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen.

[...]

4. De [NRI's] bevorderen de belangen van de burgers van de Europese Unie, onder meer op de volgende wijze:

[...]

b) zij waarborgen de consument een hoog niveau van bescherming [...].”

- 6 Artikel 9, leden 1 en 2, van deze richtlijn bepaalt:

„1. Naar behoren rekening houdend met het feit dat radiofrequenties een publiek goed zijn dat een belangrijke maatschappelijke, sociale en economische waarde heeft, zorgen de lidstaten ervoor dat de radiofrequenties voor elektronischecomunicatiediensten op hun grondgebied efficiënt worden beheerd overeenkomstig de artikelen 8 en 8 bis. Zij zorgen ervoor dat de spectrumtoewijzing voor elektronischecomunicatiediensten en de afgifte van algemene machtigingen of individuele gebruiksrechten voor die radiofrequenties door de bevoegde nationale instanties gebaseerd zijn op objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria.

Bij de toepassing van dit artikel eerbiedigen de lidstaten de desbetreffende internationale overeenkomsten, met inbegrip van de radioregelgeving van de [Internationale Telecommunicatie Unie], en mogen zij overwegingen van openbare orde in aanmerking nemen.

2. De lidstaten bevorderen de harmonisatie van het gebruik van radiofrequenties in de [Unie] in overeenstemming met de noodzaak een daadwerkelijk en efficiënt gebruik daarvan te waarborgen en met als doel voordelen voor de consumenten, zoals schaalvoordelen en interoperabiliteit van diensten. Zij handelen daarbij in overeenstemming met artikel 8 bis en beschikking nr. 676/2002/EG (radiospectrumbeschikking).”

### *Machtigingsrichtlijn*

7 Artikel 3 van de machtigingsrichtlijn bepaalt:

„1. De lidstaten waarborgen de vrijheid om, mits aan de door deze richtlijn vastgestelde voorwaarden voldaan is, elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan te bieden. Te dien einde mogen de lidstaten een onderneming niet beletten elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan te bieden, tenzij dat noodzakelijk is [om] de in artikel [52, lid 1, VWEU] bedoelde redenen.

2. Het aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken of het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten kan, onverminderd de specifieke verplichtingen van artikel 6, lid 2, en de gebruiksrechten van artikel 5, alleen worden onderworpen aan een algemene machtiging. Van de betrokken onderneming kan worden verlangd dat zij een kennisgeving indient, maar niet dat zij een expliciet besluit of andere bestuurshandeling van de [NRI] moet verkrijgen alvorens de uit de machtiging voortvloeiende rechten te kunnen uitoefenen. Na de eventueel vereiste kennisgeving kan een onderneming haar activiteiten aanvangen, waar nodig met inachtneming van de bepalingen inzake gebruiksrechten van de artikelen 5, 6 en 7.

[...]”

8 Artikel 5 van die richtlijn luidt:

„1. De lidstaten vergemakkelijken het gebruik van radiofrequenties in het kader van algemene machtigingen. De lidstaten kunnen zo nodig individuele gebruiksrechten verlenen teneinde:

- schadelijke interferentie te vermijden;
- de technische kwaliteit van de dienst te verzekeren;
- een efficiënt spectrumgebruik te waarborgen; of
- andere doelstellingen van algemeen belang te vervullen die door de lidstaten overeenkomstig het [Unierecht] worden bepaald.

2. Wanneer individuele gebruiksrechten moeten worden verleend voor radiofrequenties en nummers, verlenen de lidstaten die rechten op verzoek aan alle ondernemingen die diensten of netwerken aanbieden of gebruiken in het kader van de algemene machtiging [als bedoeld in artikel 3], met inachtneming van de bepalingen van de artikelen 6, 7 en 11, lid 1, onder c), van deze richtlijn en alle andere regels die een efficiënt gebruik van deze middelen moeten waarborgen overeenkomstig [de kaderrichtlijn].

Onverminderd de door de lidstaten vooraf aangenomen specifieke criteria voor het verlenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties aan aanbieders van inhoud voor radio- en televisieomroepen welke noodzakelijk zijn om de doelstellingen van algemeen belang overeenkomstig het [Unierecht] na te streven worden dergelijke rechten verleend door middel van procedures die objectief, transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn, en in het geval van frequenties, in overeenstemming met de bepalingen van artikel 9 van [de kaderrichtlijn]. De procedures moeten open zijn behalve in gevallen waarin kan worden aangetoond dat het verlenen van individuele gebruiksrechten voor gebruik van radiofrequenties voor aanbieders van diensten inzake inhoud voor radio- en televisiediensten van fundamenteel belang is om te kunnen voldoen aan een specifieke verplichting die door de lidstaten van tevoren is gedefinieerd als noodzakelijk met het oog op het algemeen belang overeenkomstig de [...] wetgeving [van de Unie].

[...]

5. De lidstaten beperken het aantal te verlenen gebruiksrechten niet, tenzij dat noodzakelijk is om een efficiënt gebruik van radiofrequenties te waarborgen overeenkomstig artikel 7.

6. De nationale regelgevende instanties zorgen ervoor dat radiofrequenties daadwerkelijk en efficiënt worden gebruikt in overeenstemming met de artikelen 8[, lid 2,] en 9, lid 2, van [de kaderrichtlijn]. Zij zorgen er ook voor dat de mededinging niet wordt verstoord als gevolg van een overdracht of accumulatie van gebruiksrechten voor radiofrequenties. Voor dergelijke doeleinden nemen de lidstaten passende maatregelen zoals een vermindering, intrekking of gedwongen verkoop van een recht om radiofrequenties te mogen gebruiken.”

- 9 Artikel 7 van genoemde machtigingsrichtlijn betreft de procedure voor het beperken van het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties, en bepaalt:

„1. Wanneer een lidstaat overweegt het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties te beperken of de duur van bestaande rechten te verlengen op andere wijze dan in overeenstemming met de in dergelijke rechten gespecificeerde voorwaarden, dient hij onder meer:

- a) voldoende rekening te houden met de noodzaak de voordelen voor de gebruikers te maximaliseren en de ontwikkeling van de mededinging te bevorderen,

[...]

3. Wanneer de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties moet worden beperkt, verlenen de lidstaten deze rechten op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria. Dergelijke selectiecriteria moeten naar behoren belang hechten aan de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 8 van [de kaderrichtlijn] en aan de eisen van artikel 9 van die richtlijn.”

### ***Mededingingsrichtlijn***

- 10 In artikel 2 van de mededingingsrichtlijn, dat ziet op uitsluitende en bijzondere rechten voor elektronischecomunicatienetwerken en elektronischecomunicatiediensten, heet het:

„1. De lidstaten kennen geen uitsluitende of bijzondere rechten toe noch handhaven dergelijke rechten voor het aanleggen en/of het beschikbaar stellen van elektronischecomunicatienetwerken, of voor het verrichten van openbare elektronischecomunicatiediensten.

2. De lidstaten nemen de noodzakelijke maatregelen om ervoor te zorgen dat elke onderneming gerechtigd is elektronischecommunicatiediensten te verrichten, uit te breiden of elektronischecommunicatienetwerken aan te leggen.

[...]

4. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat een aan een onderneming verleende algemene machtiging voor het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten of het aanleggen en/of aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken alsook de hieraan verbonden voorwaarden op objectieve, niet-discriminerende, evenredige en doorzichtige criteria gebaseerd is.

[...]”

11 Artikel 4 van die richtlijn, dat ziet op gebruiksrechten voor frequenties, luidt:

„Zonder afbreuk te doen aan de specifieke criteria en procedures zoals goedgekeurd door de lidstaten voor de verlening van machtigingen voor het gebruik van radiofrequenties aan aanbieders van diensten in verband met de inhoud op televisie of radio met het oog op de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang in overeenstemming met het [Unierecht]:

1. verlenen lidstaten geen uitsluitende of bijzondere rechten voor het gebruik van radiofrequenties voor de verstrekking van elektronischecommunicatiediensten,
2. dient de toewijzing van radiofrequenties voor elektronischecommunicatiediensten te geschieden op basis van objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en evenredige criteria.”

### **Hoofddeding en prejudiciële vragen**

- 12 Het hoofddeding betreft de toewijzing van radiofrequenties voor terrestrische digitale televisie-uitzendingen aan marktdeelnemers die al in het bezit waren van analoge radiofrequenties en analoge kanalen exploiteerden. De digitale technologie kenmerkt zich door een hogere doorgifte-efficiëntie dan de analoge technologie doordat het daarmee mogelijk is om, anders dan bij analoge technologie, gelijktijdig verschillende programma's over dezelfde radiofrequentie uit te zenden. De daarmee vrijgekomen radiofrequenties vormen het „digitale dividend”.
- 13 De overgang van analoge naar digitale televisie (hierna: „digitale overgang”) is in Italië begonnen terwijl er tegen deze lidstaat een in 2006 opgestarte niet-nakomingsprocedure gaande was over de vraag of de Italiaanse regelgeving ter zake van het beheer van radiofrequenties voor televisie-uitzendingen, de digitale overgang en de toewijzing van digitale radiofrequenties verenigbaar is met de kader-, de machtigings- en de mededingingsrichtlijn. In haar met redenen omklede advies van 19 juli 2007 heeft de Europese Commissie in essentie opgemerkt dat die regelgeving marktdeelnemers die al via analoge technologie programma's uitzonden, onttrok aan mededinging op de markt voor digitale radio en televisie, doordat enkel aan hen toegang tot die markt werd verleend. De Italiaanse regering heeft verschillende maatregelen genomen om die regelgeving in overeenstemming te brengen met het recht van de Unie.
- 14 In dit kader heeft AGCOM besluit 181/09/CONS van 7 april 2009 vastgesteld. Dit besluit is vervolgens tot wet verheven bij legge n. 88 (wet nr. 88) van 7 juli 2009. Bij dit besluit heeft AGCOM de criteria vastgesteld voor de integrale digitalisering van de terrestrische televisienetwerken.
- 15 Dit besluit voorzag onder meer in de toewijzing van 21 nationale multiplexen, waarmee verschillende signalen in één gezamenlijke gegevensstroom kunnen worden gebundeld en tegelijkertijd verschillende digitale televisiediensten kunnen worden overgebracht. Met het oog op de verdeling hiervan onder

nieuwe marktdeelnemers, marktdeelnemers die al digitale netwerken hadden aangelegd en marktdeelnemers die al analoge netwerken bedreven, zijn deze multiplexen in drie groepen met elk hun eigen toewijzingscriteria opgesplitst. Voorts was bepaald dat elke marktdeelnemer aan het eind van de selectieprocedure niet meer dan vijf nationale multiplexen mocht ontvangen.

- 16 Het hoofdgeding betreft slechts één van deze drie groepen. Deze groep bestaat uit acht multiplexen die zijn bestemd voor de omzetting van bestaande analoge kanalen in digitale netwerken. Gelet op het aantal beschikbare digitale radiofrequenties, dat kleiner is dan het aantal analoge kanalen, is in besluit 181/09/CONS uitgegaan van een zogeheten „redelijk” omzettingscriterium, dat berust op de continuïteit van de analoog uitgezonden programma's. Voorts was erin voorzien dat elke marktdeelnemer die al actief was op de analoge markt, ten minste één multiplex zou ontvangen. Op basis hiervan zijn aan exploitanten met één netwerk drie multiplexen toegewezen. Vijf multiplexen zijn verdeeld onder de exploitanten met verschillende netwerken. Van die vijf hebben Radiotelevisione italiana SpA (RAI) en Mediaset, die elk drie analoge kanalen exploiteerden, twee multiplexen gekregen, terwijl Telecom Italia Media Broadcasting, die twee analoge kanalen exploiteerde, één multiplex heeft ontvangen.
- 17 Telecom Italia Media Broadcasting heeft bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) beroep ingesteld tot nietigverklaring van de toewijzingsbesluiten wat betreft deze laatste multiplexen en van de besluiten die daarvoor de rechtsgrondslag hebben gevormd. Met haar beroep vordert deze onderneming dat haar recht op een extra multiplex wordt erkend, dat de bevoegde autoriteiten wordt gelast haar deze multiplex toe te wijzen of dat zij worden veroordeeld om haar schadevergoeding te betalen.
- 18 Nadat haar beroep bij uitspraak nr. 1398/2014 was verworpen, heeft Telecom Italia Media Broadcasting hiertegen bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld.
- 19 Hangende het hoger beroep is Telecom Italia Media Broadcasting veranderd in Persidera, nadat Rete A SpA haar maatschappelijk kapitaal had ingebracht. Laatstgenoemde hield de gebruiksrechten voor twee nationale multiplexen. Als gevolg van deze operatie heeft Persidera nu vijf nationale multiplexen in bezit. Daarmee heeft zij het in punt 15 van dit arrest bedoelde maximum bereikt.
- 20 Bij de verwijzende rechter komt Persidera met name op tegen het criterium dat is toegepast voor de omzetting van bestaande analoge kanalen in digitale netwerken. Zij beroept zich op verschillende bepalingen van het Unierecht en stelt dat het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel zijn geschonden. Zij betoogt dat in haar geval een omzettingfactor van 50 % is toegepast, aangezien er van de twee analoge kanalen één is omgezet in een digitaal netwerk, terwijl voor RAI en Mediaset een omzettingfactor van 66 % is toegepast, aangezien er van de drie analoge kanalen twee in digitale netwerken zijn omgezet. Verder laakt zij het feit dat bij de omzetting voor deze twee exploitanten rekening is gehouden met op onrechtmatige wijze geëxploiteerde kanalen.
- 21 In deze omstandigheden heeft de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:  
  
„1) Verzet het recht van Unie, meer in het bijzonder de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU, artikel 9 van [de kaderrichtlijn], de artikelen 3, 5 en 7 van [de machtigingsrichtlijn], en de artikelen 2 en 4 van [de mededingingsrichtlijn], alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrijheid van mededinging, evenredigheid, doeltreffendheid en pluralisme op informatiegebied, zich tegen een nationale regeling die voor de vaststelling van het aantal digitale netwerken dat bij de omschakeling van analoge netwerken aan de marktdeelnemers moet worden toegewezen, bepaalt dat ook analoge netwerken die in het verleden zijn geëxploiteerd in strijd met de concentratiegrenzen voorgeschreven door nationale regelingen die reeds door het Hof [...] of de Europese Commissie zijn bekritiseerd, althans zonder vergunning zijn geëxploiteerd, in gelijke mate in aanmerking worden genomen als de analoge netwerken die rechtmatig zijn geëxploiteerd?

- 2) Verzet het recht van de Unie, meer in het bijzonder de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU, artikel 9 van [de kaderrichtlijn], de artikelen 3, 5 en 7 van [de machtigingsrichtlijn], en de artikelen 2 en 4 van [de mededingingsrichtlijn], alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrijheid van mededinging, evenredigheid, doeltreffendheid en pluralisme op informatiegebied, zich tegen een nationale regeling die voor de vaststelling van het aantal digitale netwerken dat bij de omschakeling van analoge netwerken aan de marktdeelnemers moet worden toegewezen – waarbij alle tot op dat moment geëxploiteerde netwerken in aanmerking worden genomen, ook indien zij de concentratiegrenzen overschreden die waren voorgeschreven door nationale regelingen die reeds door het Hof [...] of de Europese Commissie zijn bekritiseerd, althans zonder vergunning zijn geëxploiteerd – in concreto tot gevolg heeft dat de vermindering van het aantal digitale netwerken ten opzichte van het aantal in het analoge systeem geëxploiteerde netwerken in het geval van een marktdeelnemer met meerdere netwerken naar verhouding groter is dan de vermindering die aan zijn concurrenten wordt opgelegd?”

## **Beantwoording van de prejudiciële vragen**

### ***Ontvankelijkheid***

- 22 In de eerste plaats merkt de Italiaanse regering op dat het verzoek om een prejudiciële beslissing ziet op een hypothetisch probleem dat niet van belang is voor de uitkomst van het hoofdgeding. Volgens de Italiaanse regering is het hoger beroep in het hoofdgeding namelijk gericht op verkrijging van een extra multiplex. Persidera heeft echter het toegestane maximum van vijf multiplexen bereikt.
- 23 In dit verband zij eraan herinnerd dat het in het kader van de in artikel 267 VWEU geregelde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van de zaak, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof stelt, te beoordelen. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van Unierecht, is het Hof in beginsel dus verplicht daarop te antwoorden (arrest van 6 september 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 24 Hieruit vloeit voort dat er een vermoeden van relevantie rust op de vragen inzake de uitlegging van het recht van de Unie die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid ervan te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek van een nationale rechter wanneer de gevraagde uitlegging van het Unierecht kennelijk op generlei wijze verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is en voorts wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (arresten van 14 april 2016, Polkomtelt, C-397/14, EU:C:2016:256, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 13 oktober 2016, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej en Petrotel, C-231/15, EU:C:2016:769, punt 16).
- 25 In dit geval blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat het door Persidera ingestelde hoger beroep niet enkel strekt tot toewijzing van een extra multiplex, maar ook tot toekenning van schadevergoeding. Met haar beroep bestrijdt Persidera dat de voorschriften die zijn toegepast bij de omzetting van de analoge kanalen in digitale netwerken in overeenstemming zijn met het Unierecht, en met de gestelde vragen wordt juist beoogd de verwijzende rechter in staat te stellen zich daarover en over het verzoek om schadevergoeding een oordeel te vormen. Gelet hierop is niet gebleken dat het geschil in het hoofdgeding kennelijk hypothetisch is.

- 26 In de tweede plaats betogen de Italiaanse regering en Reti Televisive Italiane SpA in essentie dat het Hof niet over de nodige feitelijke en juridische gegevens beschikt om een nuttig antwoord te kunnen geven op de gestelde vragen.
- 27 In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat het wegens het vereiste om tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het Unierecht te komen, noodzakelijk is dat deze rechter nauwgezet de vereisten naleeft met betrekking tot de inhoud van een verzoek om een prejudiciële beslissing, die uitdrukkelijk zijn vermeld in artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, en die de verwijzende rechter wordt geacht te kennen (zie in deze zin arresten van 5 juli 2016, *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:514, punten 18 en 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 27 oktober 2016, *Audace e.a.*, C-114/15, EU:C:2016:813, punt 35).
- 28 Zo is het onontbeerlijk dat, zoals is bepaald in artikel 94, onder c), van het Reglement voor de procesvoering, de verwijzingsbeslissing zelf de uiteenzetting bevat van de redenen die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht om zich over de uitlegging of de geldigheid van een aantal Unierechtelijke bepalingen vragen te stellen alsook het verband tussen die bepalingen en de op het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling.
- 29 Het is eveneens onontbeerlijk dat, zoals is bepaald in artikel 94, onder a), van het Reglement voor de procesvoering, de verwijzingsbeslissing zelf ten minste een uiteenzetting van de feitelijke gegevens bevat waarop de vragen berusten. Volgens de rechtspraak van het Hof gelden deze eisen in het bijzonder op het gebied van de mededinging, dat door complexe feitelijke en juridische situaties wordt gekenmerkt (zie in deze zin arrest van 31 januari 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, EU:C:2008:59, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en beschikking van 12 december 2013, *Umbra Packaging*, C-355/13, niet gepubliceerd, EU:C:2013:867, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 30 In dit geval dient ten eerste te worden opgemerkt dat het verzoek om een prejudiciële beslissing geen toelichting bevat op de relevantie van de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU voor de beslechting van het hoofdgeding.
- 31 Uit de gegevens waarover het Hof beschikt, blijkt dat in het hoofdgeding een situatie aan de orde is waarvan alle aspecten zich binnen Italië afspelen. Artikel 56 VWEU is in een dergelijk geval niet van toepassing (zie in deze zin arrest van 15 november 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15, EU:C:2016:874, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 32 Verder bevat de verwijzingsbeslissing geen feitelijke of juridische gegevens aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of en in hoeverre een van de deelnemers in het hoofdgeding die analoge kanalen exploiteren, kan worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 106 VWEU, en of en in hoeverre op grond van de nationale regelgeving in het hoofdgeding, die is toegepast bij de digitale overgang, bijzondere rechten kunnen worden toegekend die in strijd zijn met de artikelen 101 en 102 VWEU.
- 33 Ten tweede dient te worden opgemerkt dat de gestelde vragen berusten op de feitelijke veronderstelling dat bepaalde bij de omzetting in aanmerking genomen analoge kanalen op onregelmatige of illegale wijze zijn geëxploiteerd, en wel in strijd met de concentratiegrenzen of zonder vergunning. Juist is dat deze veronderstelling door de verwijzende rechter niet is toegelicht en verder door de Italiaanse regering alsmede Reti Televisive Italiane en RAI wordt betwist.
- 34 Evenwel dient, afgezien van het feit dat het overeenkomstig de in punt 24 van dit arrest genoemde rechtspraak niet aan het Hof is om de juistheid van het door de verwijzende rechter geschetste feitelijke kader na te gaan, te worden opgemerkt dat de gestelde vragen niet zien op de regelmatigheid van de exploitatie van de betrokken analoge kanalen vanuit het oogpunt van het NGR. Deze vragen zien immers op de kwestie of de veronderstellenderwijs op onregelmatige wijze geëxploiteerde analoge kanalen op dezelfde wijze als op regelmatige wijze geëxploiteerde kanalen in aanmerking kunnen

worden genomen bij de omzetting ervan in digitale netwerken. Zoals de advocaat-generaal in de punten 37 tot en met 40 van haar conclusie heeft opgemerkt, is het Hof in staat om de verwijzende rechter een ter zake dienend antwoord te geven aan de hand van de gegevens in het door hem toegezonden dossier, door uit te gaan van de feitelijke veronderstelling – die enkel de verwijzende rechter eventueel ter discussie kan stellen – dat er analoge kanalen waren die vanuit het oogpunt van het nationale recht en/of de bepalingen van het NGR op onregelmatige of illegale wijze zijn geëxploiteerd.

- 35 Uit het voorgaande volgt dat de gestelde vragen niet-ontvankelijk zijn voor zover zij betrekking hebben op de uitlegging van de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU.

### *Ten gronde*

- 36 Met zijn vragen, die gezamenlijk moeten worden beoordeeld, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 9 van de kaderrichtlijn, de artikelen 3, 5 en 7 van de machtigingsrichtlijn, de artikelen 2 en 4 van de mededingingsrichtlijn alsmede het beginsel van non-discriminatie en het evenredigheidsbeginsel aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale bepaling waarin met het oog op de omzetting van de bestaande analoge kanalen in digitale netwerken rekening wordt gehouden met op onrechtmatige wijze geëxploiteerde kanalen en met op rechtmatige wijze geëxploiteerde kanalen, en die, hoewel op die kanalen hetzelfde omzettingscriterium wordt toegepast, leidt tot een relatief grotere afname van het aantal toegewezen digitale netwerken ten opzichte van het aantal geëxploiteerde analoge kanalen, hetgeen voor de betrokken marktdeelnemer ten opzichte van zijn concurrenten een nadeel vormt.
- 37 In de eerste plaats dient eraan te worden herinnerd dat artikel 8 van deze richtlijn de lidstaten de verplichting oplegt om erop toe te zien dat de NRI's alle redelijke maatregelen treffen ter bevordering van de concurrentie bij de levering van elektronischecomunicatiediensten, door ervoor te zorgen dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is en door de laatste belemmeringen voor het verrichten van die diensten op het niveau van de Unie weg te nemen (arresten van 31 januari 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, punt 81; 3 december 2009, Commissie/Duitsland, C-424/07, EU:C:2009:749, punt 92, en 7 november 2013, UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, punt 50).
- 38 Op grond van lid 1 van dit artikel moeten de NRI's bij de uitvoering van de in de kaderrichtlijn en, voor zover hier van belang, de machtigingsrichtlijn omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in de leden 2 tot en met 4 van dat artikel genoemde doelstellingen, bestaande in het bevorderen van de concurrentie bij de levering van elektronischecomunicatienetwerken en -diensten, het bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van de Unieburgers (zie in deze zin arresten van 19 juni 2014, TDC, C-556/12, EU:C:2014:2009, punt 39, en 15 september 2016, Koninklijke KPN e.a., C-28/15, EU:C:2016:692, punt 46).
- 39 Ingevolge artikel 4, lid 2, van de mededingingsrichtlijn, artikel 5, lid 2, tweede alinea, en artikel 7, lid 3, van de machtigingsrichtlijn alsmede artikel 9, lid 1, van de kaderrichtlijn, dienen gebruiksrechten voor radiofrequenties te worden toegewezen op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria. Deze laatste voorwaarde houdt in dat die criteria geschikt moeten zijn voor de verwezenlijking van de daarmee nagestreefde doelstelling en dat zij niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken (zie in deze zin arrest van 23 april 2015, Commissie/Bulgarije, C-376/13, niet gepubliceerd, EU:C:2015:266, punten 65 en 84).

- 40 Zoals de advocaat-generaal in punt 47 van haar conclusie heeft opgemerkt, moeten deze criteria niet alleen bij de oorspronkelijke radiofrequentietoewijzing in acht worden genomen, maar ook bij elke volgende toewijzing, verlenging of, zoals in het hoofdgeding, omzetting van radiofrequenties in de context van de digitale overgang.
- 41 Ten slotte blijkt uit artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn dat de NRI's ervoor moeten zorgen dat de mededinging niet wordt verstoord als gevolg van onder meer een accumulatie van gebruiksrechten voor radiofrequenties.
- 42 Uit deze bepalingen volgt dat het NGR onder meer is gebaseerd op de doelstelling van daadwerkelijke en onverstoorde mededinging, en ertoe strekt deze in het bijzonder te bevorderen onder eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel.
- 43 In deze zin is al geoordeeld dat de bepalingen van het NGR, met name artikel 9, lid 1, van de kaderrichtlijn, artikel 5, lid 1, van de machtigingsrichtlijn en artikel 4, punt 1, van de mededingingsrichtlijn, zich verzetten tegen nationale maatregelen die leiden tot verstarring van de structuur van de nationale markt en tot bescherming van de positie van nationale marktdeelnemers die reeds actief waren op de genoemde markt door belemmering of beperking van de toegang tot die markt voor nieuwe marktdeelnemers, tenzij die maatregelen zijn gerechtvaardigd om redenen van algemeen belang en daarin objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige criteria worden gehanteerd (zie in deze zin arrest van 31 januari 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, EU:C:2008:59, punten 95-107).
- 44 Geoordeeld dient te worden dat het ook strijdig zou zijn met de bepalingen van het NGR om een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel dat een al op de markt aanwezige marktdeelnemer in strijd met de wettelijke eisen en de doelstelling van een daadwerkelijke en onverstoorde mededinging heeft verkregen, te laten voortduren of zelfs te versterken en tegelijkertijd de markttoegang voor nieuwe marktdeelnemers te belemmeren of beperken.
- 45 Dat betekent dat, zoals de advocaat-generaal in punt 70 van haar conclusie in essentie heeft opgemerkt, de bepalingen van het NGR zich ertegen verzetten dat op onrechtmatige wijze geëxploiteerde analoge kanalen met het oog op de digitale omzetting in aanmerking worden genomen, aangezien dit ertoe leidt dat een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel wordt bestendigd of zelfs versterkt.
- 46 In de tweede plaats dient – om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven voor het geval dat hij mocht oordelen dat alle betrokken kanalen op rechtmatige wijze zijn geëxploiteerd – eraan te worden herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling, als algemeen beginsel van het Unierecht, vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (zie arrest van 16 december 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, EU:C:2008:728, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De vergelijkbaarheid van de situaties moet met name worden bepaald en beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de handeling die het betrokken onderscheid invoert. Bovendien moet rekening worden gehouden met de beginselen en doelstellingen van het gebied waaronder die handeling valt (zie in deze zin arrest van 16 december 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, EU:C:2008:728, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 47 Ten eerste dient, zoals de advocaat-generaal in punt 53 van haar conclusie heeft opgemerkt, erop te worden gewezen dat marktdeelnemers zoals Persidera, RAI en Mediaset, die in Italië analoge kanalen hebben geëxploiteerd, zich ten aanzien van de omzetting van die kanalen in digitale netwerken in het kader van de digitale overgang, in beginsel in een vergelijkbare situatie bevinden.
- 48 Ten tweede volgt uit de aan het Hof overgelegde gegevens dat de analoge kanalen die werden geëxploiteerd door deze drie marktdeelnemers die in het bezit zijn van verschillende netwerken, met toepassing van het zogeheten „redelijke” omzettingscriterium als bedoeld in punt 16 van dit arrest zijn

omgezet in digitale netwerken. In lijn daarmee blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat het aantal door elke marktdeelnemer geëxploiteerde kanalen met aftrek van één kanaal in een gelijk aantal digitale netwerken is omgezet. Aan Persidera, die twee analoge kanalen exploiteerde, is dus één digitaal netwerk toegekend, terwijl RAI en Mediaset, die elk drie analoge kanalen exploiteerden, ieder twee digitale netwerken hebben ontvangen. De omzettingsverhouding bedroeg in het geval van Persidera met andere woorden slechts 50 %, aangezien zij één digitaal netwerk heeft ontvangen voor haar twee analoge kanalen, terwijl voor RAI en Mediaset die omzettingsverhouding 66,67 % was, aangezien elk van hen twee digitale netwerken voor drie analoge kanalen heeft ontvangen. De toepassing van een en dezelfde maatregel tot intrekking van een analoog kanaal in het kader van de digitale overgang, heeft zich zodoende vertaald in uiteenlopende omzettingspercentages, waardoor Persidera zwaarder is getroffen dan RAI en Mediaset.

- 49 Gelet hierop moet, zoals de advocaat-generaal in de punten 54 tot en met 57 van haar conclusie heeft opgemerkt, worden geoordeeld dat een nationale bepaling zoals die in het hoofdgeding leidt tot een verschil in behandeling van concurrerende marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.
- 50 Ten derde volgt uit de bij het Hof ingediende opmerkingen dat de stelling wordt ingenomen dat het zogeheten „redelijke” omzettingscriterium wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de continuïteit van het televisieaanbod te waarborgen. Verder wordt gesteld dat het verschil in behandeling is terug te voeren op materiële vereisten die samenhangen met de technische onmogelijkheid om radiofrequenties op te splitsen.
- 51 In dit verband moet, zoals de advocaat-generaal in punt 64 van haar conclusie heeft opgemerkt, worden geoordeeld dat de continuïteit van het televisieaanbod onderdeel is van de consumentenbescherming, die verder uitdrukkelijk is genoemd als een van de doelstellingen in artikel 8, lid 4, van de kaderrichtlijn. De NRI's kunnen bij de omzetting van bestaande analoge kanalen in digitale netwerken dus rekening houden met de doelstelling van de continuïteit van het televisieaanbod, wanneer er daarbij op wordt toegezien dat die omzetting plaatsvindt onder eerbiediging van alle in artikel 8 van de kaderrichtlijn genoemde doelstellingen en van de noodzaak om radiofrequenties efficiënt te beheren, zoals vereist volgens artikel 9, lid 1, van die richtlijn.
- 52 Juist is dat de omzetting van bestaande analoge kanalen in digitale netwerken geschikt is om de continuïteit van het tot die tijd via analoge technologie verspreide televisieaanbod te waarborgen.
- 53 Evenwel zou een maatregel die ertoe leidt dat aan marktdeelnemers die al op de markt aanwezig zijn, een groter aantal digitale radiofrequenties wordt toegewezen dan voldoende is om de continuïteit van hun televisieaanbod te waarborgen, verder gaan dan wat nodig is om die doelstelling te bereiken, en dus onevenredig zijn.
- 54 Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat NRI's bij de omzetting van bestaande analoge kanalen in digitale netwerken rekening moeten houden met materiële vereisten die samenhangen met de technische onmogelijkheid om de betrokken radiofrequenties op te splitsen. In een dergelijke situatie kan de doelstelling van het bevorderen van een efficiënt gebruik en een efficiënt beheer van de radiofrequenties zoals bedoeld in onder meer artikel 8, lid 2, onder d), van de kaderrichtlijn rechtvaardigen dat minder of meer digitale netwerken worden toegewezen dan het aantal geëxploiteerde analoge kanalen.
- 55 In dit geval volgt uit de aan het Hof overgelegde gegevens dat een digitale multiplex vijf tot zes kanalen kan doorgeven met dezelfde kwaliteit als bij analoge doorgifte, of drie digitale HD-kanalen, dat wil zeggen doorgifte met behulp van een geavanceerdere techniek. Zoals de advocaat-generaal in punt 67 van haar conclusie heeft opgemerkt, is het dus, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, zo dat één multiplex had kunnen volstaan om marktdeelnemers als RAI en Mediaset in staat te stellen de continuïteit van hun drie analoge kanalen met een vergelijkbare kwaliteit te waarborgen,

en dat de toekenning van een tweede multiplex verder ging dan voor dat doel nodig was. Zoals verder uit punt 79 van haar conclusie blijkt, kan het behoud van de ondeelbaarheid van de frequenties de ongelijke behandeling in het hoofdgeding niet rechtvaardigen. Het is aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

56 Gelet op een en ander dient op de gestelde vragen als volgt te worden geantwoord:

- artikel 9 van de kaderrichtlijn, de artikelen 3, 5 en 6 van de machtigingsrichtlijn alsmede de artikelen 2 en 4 van de mededingingsrichtlijn moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale bepaling waarin met het oog op de omzetting van de bestaande analoge kanalen in digitale netwerken rekening wordt gehouden met op onrechtmatige wijze geëxploiteerde kanalen, aangezien deze bepaling ertoe leidt dat een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel wordt bestendigd of zelfs versterkt;
- het beginsel van non-discriminatie en het evenredigheidsbeginsel moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale bepaling die met toepassing van een en hetzelfde omzettingscriterium leidt tot een relatief grotere afname van het aantal toegewezen digitale netwerken ten opzichte van het aantal geëxploiteerde analoge kanalen, hetgeen voor de betrokken marktdeelnemer ten opzichte van zijn concurrenten een nadeel vormt, tenzij die bepaling objectief gerechtvaardigd is en evenredig is in verhouding tot het daarmee nagestreefde doel. De continuïteit van het televisieaanbod vormt een legitieme doelstelling die een dergelijk verschil in behandeling kan rechtvaardigen. Evenwel zou een maatregel die ertoe leidt dat aan marktdeelnemers die al op de markt aanwezig zijn, een groter aantal digitale radiofrequenties wordt toegewezen dan voldoende is om de continuïteit van hun televisieaanbod te waarborgen, verder gaan dan nodig is om die doelstelling te bereiken, en dus onevenredig zijn.

## Kosten

57 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 9 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140, alsmede de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale bepaling waarin met het oog op de omzetting van de bestaande analoge kanalen in digitale netwerken rekening wordt gehouden met op onrechtmatige wijze geëxploiteerde kanalen, aangezien deze bepaling ertoe leidt dat een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel wordt bestendigd of zelfs versterkt.**
- 2) **Het beginsel van non-discriminatie en het evenredigheidsbeginsel moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale bepaling die met toepassing van een en hetzelfde omzettingscriterium leidt tot een relatief grotere afname van het aantal toegewezen digitale netwerken ten opzichte van het aantal geëxploiteerde analoge kanalen, hetgeen voor**

de betrokken marktdeelnemer ten opzichte van zijn concurrenten een nadeel vormt, tenzij die bepaling objectief gerechtvaardigd is en evenredig is in verhouding tot het daarmee nagestreefde doel. De continuïteit van het televisieaanbod vormt een legitieme doelstelling die een dergelijk verschil in behandeling kan rechtvaardigen. Evenwel zou een maatregel die ertoe leidt dat aan marktdeelnemers die al op de markt aanwezig zijn, een groter aantal digitale radiofrequenties wordt toegewezen dan voldoende is om de continuïteit van hun televisieaanbod te waarborgen, verder gaan dan nodig is om die doelstelling te bereiken, en dus onevenredig zijn.

ondertekeningen