



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE  
JULIANE KOKOTT  
od 30. ožujka 2017.<sup>1</sup>

**Predmet C-112/16**

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Elektroničke komunikacijske mreže i usluge – Direktive 2002/20/EZ, 2002/21/EZ i 2002/77/EZ – Prelazak s analogne na digitalnu televiziju – Određivanje broja digitalnih frekvencija koje treba dodijeliti svakom imatelju analognih frekvencija – Uzimanje u obzir dosad nezakonito korištenih analognih frekvencija – Pretvorbeni omjer – Konverzijski faktor – Jednakost postupanja, nediskriminacija i proporcionalnost”

### I. Uvod

1. U današnje se vrijeme uopće ne može dovoljno naglasiti koje temeljno značenje ima raznovrsnost i cjelovitost medija u slobodnom i demokratskom društvu. Posebno elektroničke komunikacijske mreže i usluge danas upotrebljava skoro svatko i to svakodnevno pa se modernu demokraciju, ali i obrazovanje stanovništva i kulturni život u Europi ne može bez njih više zamisliti. Istovremeno se uvijek iznova pokazuje koliko su krhki i problematični mehanizmi na kojima se takve mreže i usluge zasnivaju.
2. Zadnjih je desetljeća u Italiji više puta dolazilo do žustrih rasprava oko pluralizma na televiziji. Zbog toga ne čudi da je i prelazak s analogne na digitalnu televiziju tamo doveo do sporova oko pravedne dodjele novih digitalnih televizijskih frekvencija.
3. U ovom slučaju radi se konkretno o dodjeli onih digitalnih frekvencija koje je država izričito rezervirala za nastavak postojećih analognih televizijskih programa. Persidera (ranije Telecom Italia Media Broadcasting – TIMB)<sup>2</sup>, jedan od talijanskih mrežnih operatora, smatra da je prilikom pretvorbe analognih frekvencija u digitalne doveden u nepovoljniji položaj u odnosu na svoje konkurente, to jest u odnosu na tržišne predvodnike Rai i Mediaset.

<sup>1</sup> Izvorni jezik: njemački

<sup>2</sup> Prije konačnog prelaska na digitalnu televiziju Persidera – odnosno TIMB kao njezin pravni prednik – upravljala je dvama analognim („La 7” i „MTV”) i dvama digitalnim televizijskim kanalima („TIMB1” i „MBONE”).

4. Sud će u ovom slučaju morati pojasniti koje zahtjeve pravo Unije postavlja za pravednu dodjelu frekvencija. Pritom će se u obzir morati uzeti to da je Talijanska Republika zbog metode dodjele frekvencija, koja je sada sporna, morala voditi računa među ostalim i o prigovorima Europske komisije u postupku zbog povrede obveze koji je u tijeku<sup>3</sup> i u presudi Suda donesenoj u prethodnom postupku<sup>4</sup>.

5. Za ocjenu te problematike mjerodavni su „novi zajednički regulatorni okvir”, koji je na snazi od 2002. i sastoji se od nekoliko direktiva zakonodavca Unije, kao i opća načela prava Unije.

6. Ovaj postupak u predmetu C-112/16 usko je povezan s prethodnim postupkom u predmetu C-560/15, u kojem također danas iznosim svoje mišljenje. Iako se pitanja koja su tamo postavljena, odnose u biti na iste odredbe i načela prava Unije, ona se ne tiču ovdje sporne pretvorbe starih analognih u nove digitalne frekvencije i inače postavljaju i znatno drukčije pravne probleme.

## II. Pravni okvir

7. Okvir prava Unije za ovaj slučaj određen je trima direktivama iz 2002. o elektroničkim komunikacijskim mrežama i uslugama koje sve spadaju u novi zajednički regulatorni okvir za elektroničke komunikacijske mreže i usluge te pripadajuću infrastrukturu i usluge: Okvirna direktiva (Direktiva 2002/21/EZ)<sup>5</sup>, Direktiva o ovlaštenju (Direktiva 2002/20/EZ)<sup>6</sup> i Direktiva o tržišnom natjecanju (Direktiva 2002/77/EZ)<sup>7</sup>. Prve dvije navedene direktive primjenjuju se kako su izmijenjene Direktivom 2009/140/EZ<sup>8</sup>.

### A. Okvirna direktiva (Direktiva 2002/21)

8. Uvodno valja uputiti na uvodne izjave 6. i 19. Direktive 2002/21 koja glasi (ulomci):

„(6) Regulativa koja se bavi audiovizualnom politikom i sadržajem teži postizanju ciljeva od općeg interesa kao što su sloboda izražavanja, medijski pluralizam, nepristranost, kulturna i jezična raznolikost, socijalna inkluzija, zaštita potrošača i zaštita maloljetnika. [...]

[...]

(19) Radijske frekvencije su bitan element elektroničkih telekomunikacijskih usluga koje se temelje na radijskim frekvencijama, i, u mjeri u kojoj se odnose na ove usluge, njihova raspodjela i dodjela od strane državnog regulatornog tijela mora se obavljati u skladu s usklađenim ciljevima i načelima koji reguliraju njihovo djelovanje kao i objektivnim, transparentnim i nediskriminirajućim kriterijima, koji uzimaju u obzir demokratske, socijalne, lingvističke i kulturne interese vezane za upotrebu frekvencije. [...]

3 Postupak povodom povrede obveze države članice br. 2005/5086 (o tome vidjeti Komisijina priopćenja za medije IP/06/1019 od 19. srpnja 2006. i IP/07/1114 od 18. srpnja 2007.); taj postupak, u kojem je Komisija u srpnju 2007. dala obrazloženo mišljenje u smislu članka 258. stavka 1. UFEU-a (bivši članak 226. stavak 1. UEZ-a), do danas još nije završen.

4 Presuda od 31. siječnja 2008., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59)

5 Direktiva 2002/21/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge (Okvirna direktiva) (SL 2002., L 108, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 49., str. 25.)

6 Direktiva 2002/20/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o ovlaštenju u području elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga (Direktiva o ovlaštenju) (SL 2002., L 108, str. 21.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 53., str. 62.)

7 Direktiva Komisije 2002/77/EZ od 16. rujna 2002. o tržišnom natjecanju na tržištima elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga (Direktiva o tržišnom natjecanju) (SL 2002., L 249, str. 21.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 2., str. 3.)

8 Direktiva 2009/140/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o izmjeni Direktive 2002/21/EZ o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge, Direktive 2002/19/EZ o pristupu i međusobnom povezivanju elektroničkih komunikacijskih mreža i pripadajuće opreme, te Direktive 2002/20/EZ o ovlaštenju u području elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga (SL 2009., L 337, str. 37. i ispravak SL 2013., L 241, str. 8.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 50., str. 68.)

9. Potom je pod naslovom „Ciljevi politike i regulativna načela” u članku 8. stavcima 1. i 2. Direktive 2002/21 određeno, među ostalim, sljedeće:

1. Države članice osiguravaju da državna regulatorna tijela u izvršavanju svojih regulatornih zadaća navedenih u ovoj Direktivi i posebnim direktivama poduzmu sve opravdane mjere u svrhu ostvarivanja ciljeva navedenih u stavcima 2., 3. i 4. Ove mjere su proporcionalne tim ciljevima.

[...]

2. Državna regulatorna tijela promiču tržišno natjecanje u području pružanja elektroničkih komunikacijskih mreža, elektroničkih komunikacijskih usluga i pripadajuće opreme i usluga, *inter alia*:

[...]

(b)

osiguravajući da nema poremećaja ili ograničavanja tržišnog natjecanja u području elektroničkih komunikacija, uključujući prijenos sadržaja;

[...]

(d) poticanjem učinkovitog korištenja i osiguranjem djelotvornog upravljanja radijskim frekvencijama i resursima dodjele brojeva.”

10. Osim toga, članak 9. Direktive 2002/21 sadržava sljedeće odredbe koje se odnose na „Upravljanje radijskim frekvencijama za elektroničko komunikacijske usluge”:

„1. Vodeći računa o činjenici da su radijske frekvencije javno dobro koje ima važnu društvenu, kulturnu i gospodarsku vrijednost, države članice na svom teritoriju osiguravaju učinkovito upravljanje radijskim frekvencijama za elektroničke komunikacijske usluge u skladu s člankom 8. i 8.a. Države članice osiguravaju da se dodjela radiofrekvencijskog spektra, koji se rabi za elektroničke komunikacijske usluge, i izdavanje općih ovlaštenja ili pojedinačnih prava korištenja takvih radijskih frekvencija, koje obavljaju nadležna nacionalna tijela, temelje na nepristranim, transparentnim, nediskriminirajućim i razmjernim mjerilima.

Kod primjene ovog članka države članice poštuju odgovarajuće međunarodne sporazume, uključujući Radijske propise Međunarodne telekomunikacijske unije (ITU) te mogu uzeti u obzir javni interes.

[...]

4. [...]Mjere koje zahtijevaju pružanje elektroničkih komunikacijskih usluga u određenom radiofrekvencijskom pojasu dostupnom za elektroničke komunikacijske usluge opravdavaju se kako bi se osiguralo ispunjenje ciljeva od općeg interesa koje su utvrdile države članice u skladu s pravom Zajednice, kao što su, ali ne i ograničeni na,:

(a) zaštita ljudskih života;

(b) promicanje društvenog, regionalnog ili teritorijalnog povezivanja;

(c) izbjegavanje neučinkovite uporabe radijskih frekvencija; ili

(d) promicanje kulturne i jezične raznolikosti i pluralizma medija, na primjer pružanjem usluga radijskog i televizijskog prijenosa.

[...]

7. Ne dovodeći u pitanje odredbe posebnih Direktiva i uzimajući u obzir bitne nacionalne okolnosti, države članice mogu utvrditi pravila kako bi spriječile gomilanje pričuva u radi[o]frekvencijskom spektru, posebno utvrđivanjem krajnjih rokova za učinkovito korištenje prava uporabe koja imaju nositelji prava te uvođenjem kazni, uključujući novčane kazne, ili ukidanjem prava uporabe u slučaju nepridržavanja rokova. Ova se pravila utvrđuju i primjenjuju na razmjern, nediskriminirajući i transparentan način.”

## **B. Direktiva o ovlaštenju (Direktiva 2002/20)**

11. Članak 3. stavak 1. Direktive 2002/20 sadržava sljedeće odredbe koje se odnose na „Opće ovlaštenje za pružanje elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga”:

„Države članice osiguravaju slobodu pružanja elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga uz poštovanje uvjeta utvrđenih u ovoj Direktivi. U tom cilju, države članice ne mogu spriječiti poduzeće u pružanju elektroničke komunikacijske mreže ili usluga, osim kada je to nužno zbog razloga utvrđenih u članku 46. stavku 1. Ugovora.”

12. U članku 5. Direktive 2002/20, nalaze se, među ostalim, odredbe koje se odnose na „Pravo korištenja radijskih frekvencija i brojeva”

„1. Države članice osiguravaju korištenje radijskih frekvencija na temelju općih ovlaštenja. Kada je nužno, države članice mogu davati pojedinačna prava korištenja kako bi se:

[...]

— ispunili drugi ciljevi od općeg interesa što su ih odredile države članice u skladu s pravom Zajednice.

2. Kada je nužno dati pojedinačna prava korištenja radijskih frekvencija i brojeva, države članice, na zahtjev, daju takva prava bilo kojem poduzeću koje daje na korištenje mreže ili pruža usluge na temelju općeg ovlaštenja iz članka 3., podložno odredbama članka 6., 7. i članka 11. stavka 1. točke (c) ove Direktive te bilo kojim drugim pravilima koja osiguravaju učinkovitu uporabu tih izvora u skladu s Direktivom 2002/21/EZ (Okvirna direktiva).

Ne dovodeći u pitanje posebna mjerila i postupke koje su donijele države članice da bi dale prava uporabe radijskih frekvencija pružateljima usluga sadržaja radijskog ili televizijskog prijenosa kako bi se slijedili ciljevi od općeg interesa u skladu s pravom Zajednice, prava korištenja radijskih frekvencija i brojeva jamče se putem otvorenih, nepristranih, transparentnih, nediskriminirajućih i razmjernih postupaka i, u slučaju radijskih frekvencija, u skladu s odredbama članka 9. Direktive 2002/21/EZ (Okvirna direktiva). Iznimka u odnosu na zahtjev za otvorenim postupcima može se primijeniti u slučajevima kada je davanje pojedinačnih prava korištenja radijskih frekvencija pružateljima usluga sadržaja radijskog ili televizijskog prijenosa nužno kako bi se postigli ciljevi od općeg interesa koje su utvrdile države članice u skladu s pravom Zajednice.

[...]

5. Države članice ne ograničavaju broj dodijeljenih prava korištenja osim kada je to potrebno da bi se osiguralo učinkovito korištenje radijskih frekvencija u skladu s člankom 7.

6. Nadležna državna tijela osiguravaju djelotvornu i učinkovitu uporabu radijskih frekvencija u skladu s člankom 8. stavkom 2. i člankom 9. stavkom 2. Direktive 2002/21/EZ (Okvirna direktiva). Državna regulatorna tijela osiguravaju da ne dođe do poremećaja tržišnog natjecanja zbog bilo kakvog prijenos[a] ili akumulacije prava korištenja radijskih frekvencija. [...]"

13. Osim toga je u pogledu „Postup[ka] kojim se ograničava broj prava korištenja koja se dodjeljuju za radijske frekvencije” u članku 7. Direktive 2002/20 određeno:

„1. Kada država članica razmatra ograničenje broja prava korištenja koja se dodjeljuju za radijske frekvencije ili produljenje trajanja postojećih prava, a što nije u skladu s uvjetima utvrđenim u tim pravima, ona, *inter alia*:

(a) uzima u obzir potrebu ostvarenja maksimalne koristi za korisnike i potrebu olakšanja razvoja tržišnog natjecanja;

[...]

3. Kada dodjelu prava korištenja radijskih frekvencija treba ograničiti, države članice takva prava dodjeljuju na temelju mjerila odabira koja moraju biti nepristrana, transparentna, nediskriminirajuća i razmjerna. Bilo koja takva mjerila odabira moraju u obzir uzimati važnost ostvarenja ciljeva iz članka 8. Direktive 2002/21/EZ (Okvirna direktiva) i zahtjeva iz članka 9. te Direktive.

[...]"

### **C. Direktiva o tržišnom natjecanju (Direktiva 2002/77)**

14. Članak 2. Direktive 2002/77 nosi naslov „Ekskluzivna i posebna prava za elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske usluge” i sadržava, među ostalim, sljedeće odredbe:

„[...]

2. Države članice poduzimaju sve nužne mjere kako bi osigurale da svako poduzeće ima pravo pružati elektroničke komunikacijske usluge ili uspostaviti, proširiti ili pružati elektroničke komunikacijske mreže.

[...]

4. Države članice osiguravaju da se generalno odobrenje, dodijeljeno nekom poduzeću u svrhu pružanja elektroničkih komunikacijskih usluga ili u svrhu uspostave i/ili pružanja elektroničkih komunikacijskih mreža, zajedno s pripadajućim uvjetima, temelji na objektivnim, nediskriminirajućim, proporcionalnim i transparentnim kriterijima.

[...]"

15. Naposljetku, članak 4. Direktive 2002/77 sadržava ovu odredbu koja se odnosi na „Prava korištenja frekvencija”:

„Ne dovodeći u pitanje posebne kriterije i postupke koje su države članice usvojile u vezi s dodjelom prava na uporabu radijskih frekvencija davateljima usluga emitiranja radijskog ili televizijskog sadržaja s namjerom zadovoljavanja ciljeva od općeg interesa koji su u skladu sa zakonom Zajednice:

[...]

2. Dodjela radijskih frekvencija za elektroničke komunikacijske usluge temelji se na objektivnim, transparentnim, nediskriminirajućim i proporcionalnim kriterijima.”

### III. Činjenično stanje i glavni postupak

16. Za prelazak s analogne na digitalnu televiziju u Italiji bio je potreban postupak za dodjelu novih digitalnih frekvencija emitiranja, koje su učinkovitije od analognih<sup>9</sup>. U tu je svrhu Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>10</sup> (AGCOM) donijela 7. travnja 2009. Odluku 181/09/CONS<sup>11</sup>, u kojoj je utvrdila kriterije za cjelovitu digitalizaciju zemaljskih mreža te istovremeno i mehanizam za dodjelu frekvencija koje je trebalo u tu svrhu raspodijeliti. Ta je odluka donesena s obzirom na postupak povrede obveze koji je u tijeku<sup>12</sup>, kojim je Europska komisija upozorila na to da prilikom dodjele svojih digitalnih frekvencija Italija ne smije staviti u povoljniji položaj davatelje analognih televizijskih usluga koji već posluju na tržištu.

17. Sada je bila predviđena dodjela digitalnih frekvencija u obliku 21 takozvanog multipleksa za zemaljski prijenos u cijeloj zemlji<sup>13</sup>. Pritom jedan multipleks omogućuje objedinjavanje različitih audio, vizualnih i podatkovnih signala u jedan zajednički protok podataka pri čemu se optimizira korištenje frekvencijama i linijama koje stoje na raspolaganju.

18. Kako bi se osigurala pravedna dodjela tih digitalnih multipleksa, prilikom koje se u obzir ne bi uzeli samo dosadašnji operatori analognih televizijskih kanala, već i oni koji su još i prije ulagali u stvaranje digitalnih mreža, pa i oni koji se tek žele probiti na to tržište, 21 jedinica podijeljena je u tri skupine koje bi trebalo dodijeliti prema različitim kriterijima. Osim toga, kao gornja granica utvrđeno je to da ni jedan mrežni operator sam ne smije raspolagati s više od ukupno pet multipleksa; na takav najviši broj od pet multipleksa upozorila je i Komisija u postupku povodom povrede obveze.

19. Konkretno, dodjela navedenog 21 multipleksa provedena je kako slijedi:

- U *prvoj skupini* osam je multipleksa bilo rezervirano za pretvorbu postojećih analognih televizijskih mreža u digitalne. To se trebalo odvijati na temelju pravedne dodjele prilikom koje u obzir treba uzeti kontinuitet televizijske ponude. Shodno tomu svakom je dosadašnjem davatelju analognih televizijskih usluga trebalo dodijeliti najmanje jedan multipleks, a svakom davatelju s više analognih kanala trebalo je dati jedan multipleks manje od broja njegovih analognih kanala. Na taj su način, među ostalima, Rai i Mediaset, koji su do tada upravljali trima analognim televizijskim kanalima, dobili po dva multipleksa, nasuprot čemu je TIMB, koji je do tada u ponudi imao dva analogna televizijska kanala, dobio sa svoje strane jedan multipleks; Rete A i druga dva mrežna operatora dobili su također po jedan multipleks.
- U *drugoj skupini* osam multipleksa trebalo je dodijeliti onim mrežnim operatorima koji su ulagali u stvaranje digitalnih mreža. Time su Rai, Mediaset i TIMB dobili po dva daljnja multipleksa, dok su Rete A i jedan drugi mrežni operator dobili po jedan multipleks.

<sup>9</sup> Jedna je od velikih prednosti digitalne televizije, za razliku od analogne televizije, u tome da se više programa može prenositi u jednom te istom frekvencijskom području.

<sup>10</sup> Talijansko regulatorno tijelo za komunikacije

<sup>11</sup> Ta je odluka Dekretom-zakonom (Decreto-legge) br. 59/2008 u vezi sa Zakonom br. 101/2008 dobila zakonsku snagu.

<sup>12</sup> Vidjeti bilješku 3.

<sup>13</sup> Neki od sudionika u postupku govore o ukupno 22 multipleksa. No, za potrebe ovog zahtjeva za prethodnu odluku to odstupanje nije od značaja.

— U *trećoj skupini* trebalo je naposljetku kao dodatne nove frekvencije dodijeliti preostalih pet multipleksa, koji su označeni i kao „digitalna dividenda”<sup>14</sup>, i to prema objektivnim, transparentnim, proporcionalnim i nediskriminirajućim kriterijima.

20. Na temelju toga talijansko je Ministarstvo za gospodarski razvoj<sup>15</sup> provelo dodjelu digitalnih multipleksa.

21. U ovom se slučaju spor u glavnom postupku odnosi samo na dio tih multipleksa, i to onih iz prve skupine. Budući da se zbog metode pretvorbe analognih frekvencija u digitalne<sup>16</sup> smatrao stavljenim u nepovoljniji položaj u odnosu na svoje veće konkurente, TIMB je podnio tužbu pred Tribunaleom Amministrativo Regionale per il Lazio<sup>17</sup> (TAR), s ciljem da iz navedene prve skupine ishodi dodatni multipleks i naknadu štete.

22. TIMB je tvrdio pred TAR-om, među ostalim, da je u njegovu slučaju prilikom pretvorbe dosadašnjih analognih frekvencija u nove digitalne proizašao nepovoljniji pretvorbeni omjer nego u slučaju Raija i Mediaseta: naime, dok je za dvije analogne frekvencije TIMB dobio jedan multipleks, što se svodi na pretvorbeni omjer od 50 %, Raiju i Mediasetu su za tri analogna televizijska kanala dodijeljena dva multipleksa, što odgovara povoljnijem pretvorbenom omjeru od 66,67 %. Osim toga, TIMB je prigovarao da se u slučaju Raija i Mediaseta pretvorba u digitalne frekvencije odvijala uzimajući u obzir analogne televizijske kanale, kojima su do tada oba potonja navedena mrežna operatora upravljala kršeći zakonske pragove za koncentracije, što znači nezakonito.

23. Nakon što u prvom stupnju nije uspio sa svojom tužbom<sup>18</sup>, TIMB je svoj zahtjev za pravnu zaštitu nastojao ostvariti u žalbenom postupku pred Consigliom di Stato<sup>19</sup>, to jest pred sudom koji je uputio zahtjev. Tijekom tog žalbenog postupka pred Consigliom di Stato došlo je do spajanja TIMB-a i Rete A, koji je sa svoje strane bio nositelj dvaju multipleksa. Novo poduzeće pod tvrtkom Persidera, koje je proizašlo iz spajanja, raspolaže od tada s ukupno pet multipleksa što u Italiji, kako je već spomenuto, odgovara zakonskom najvišem broju za svakog mrežnog operatora.

#### IV. Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom

24. Odlukom od 2. srpnja 2015., koja je zaprimljena 24. veljače 2016., Consiglio di Stato prekinuo je svoj postupak i u skladu s člankom 267. UFEU-a uputio Sudu sljedeća prethodna pitanja:

1. Protivi li se pravu Europske unije, a osobito člancima 56., 101., 102. i 106. UFEU-a, članku 9. Direktive 2002/21/EZ, člancima 3., 5. i 7. Direktive 2002/20/EZ te člancima 2. i 4. Direktive 2002/77/EZ, kao i načelima nediskriminacije, transparentnosti, slobode tržišnog natjecanja, proporcionalnosti, djelotvornosti i pluralizma informacija, nacionalna odredba koja, u svrhu određivanja broja digitalnih mreža koje treba dodijeliti operatorima radi pretvorbe analognih mreža, uzima u obzir, u istoj mjeri kao i analogne mreže kojima se potpuno zakonito upravlja, i one analogne mreže kojima se u prošlosti upravljalo kršenjem pragova za koncentracije predviđenih nacionalnim propisima, što je već bilo predmet kritika Suda i Europske komisije, ili u svakom slučaju one kojima se upravljalo bez koncesije?

<sup>14</sup> U pogledu pojma digitalne dividende vidjeti uvodnu izjavu 26. Direktive 2009/140; vidjeti osim toga točku 1. Komunikacije Europske komisije od 13. studenoga 2007. „Potpuno iskorištavanje koristi digitalne dividende u Europi: zajednički pristup uporabi spektra oslobođenog prelaskom na digitalno emitiranje, COM(2007) 700 *final*.”

<sup>15</sup> Ministero dello sviluppo economico (MiSE)

<sup>16</sup> Vidjeti odmah prvu alineju točke 18 ovog mišljenja.

<sup>17</sup> Upravni sud za regiju Lazio

<sup>18</sup> S tim u vezi vidjeti presudu br. 1398/2014 Tribunalea Amministrativo Regionale per il Lazio.

<sup>19</sup> Državno vijeće

2. Protivi li se pravu Europske unije, a osobito člancima 56., 101., 102. i 106. UFEU-a, članku 9. Direktive 2002/21, člancima 3., 5. i 7. Direktive 2002/20 i člancima 2. i 4. Direktive 2002/77, te načelima nediskriminacije, transparentnosti, slobode tržišnog natjecanja, proporcionalnosti, djelotvornosti i pluralizma informacija, nacionalna odredba koja, u svrhu određivanja broja digitalnih mreža koje treba dodijeliti operatorima radi pretvorbe analognih mreža, uzima u obzir sve analogne mreže kojima se do tog trenutka upravljalo, čak i ako se njima upravljalo kršenjem pragova za koncentracije predviđenih nacionalnim propisima, što je već bilo predmet kritika Suda i Europske komisije, ili ako se njima u svakom slučaju upravljalo bez koncesije, što u slučaju operatora više mreža konkretno dovodi do smanjenja broja digitalnih mreža dodijeljenih ovisno o onima kojima se upravlja analogno, a koje je razmjerno veće nego što je smanjenje određeno konkurentima?

25. U postupku pred Sudom pisana očitovanja podnijeli su Persidera, Rai i Reti televisive italiane (RTI)<sup>20</sup>, talijanska i slovenska vlada kao i Europska komisija. Uz iznimku Slovenije, iste su stranke bile zastupljene i na raspravi od 2. veljače 2017., koja je održana neposredno nakon rasprave u predmetu C-560/15.

## V. Ocjena

### A. Dopuštenost zahtjeva za prethodnu odluku

26. U skladu s člankom 94. Poslovnika Suda<sup>21</sup>, osim teksta prethodnog pitanja postavljenog Sudu zahtjev za prethodnu odluku mora sadržavati i potrebne podatke o činjeničnom i pravnom okviru glavnog postupka. Sud koji je uputio zahtjev mora nadalje prikazati vezu koja prema njegovu mišljenju postoji između odredaba prava Unije, koje treba protumačiti, i glavnog postupka, te navesti razloge koji su ga naveli da se zapita o tumačenju ili valjanosti tih odredaba. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, podaci o činjeničnom i pravnom okviru od posebnog su značenja u postupcima u vezi s tržišnim natjecanjem<sup>22</sup>.

#### 1. Irelevantnost odredaba primarnog prava

27. Kao što RTI i talijanska vlada s pravom ističu, zahtjev za prethodnu odluku u ovom slučaju uopće nema obrazloženje u kojoj mjeri odredbe primarnog prava iz članka 56., 101., 102. i 106. UFEU-a trebaju biti relevantne za rješavanje spora u glavnom postupku.

28. Posebno u vezi s člankom 56. UFEU-a treba napomenuti da su svi elementi spora u glavnom postupku ograničeni na područje samo jedne države članice i da se u ovom slučaju sud koji je uputio zahtjev, za razliku od onoga kako je svojedobno postupio u predmetu Centro Europa 7, ne želi pozvati na zabranu diskriminacije vlastitih državljana sadržanu u talijanskom Ustavu<sup>23</sup>. Stoga nije vidljivo u kojoj mjeri Sud može zatraženim tumačenjem članka 56. UFEU-a doprinijeti rješavanju spora u glavnom postupku.

20 RTI pripada koncernu Mediaset.

21 Nužnost poštovanja članka 94. Poslovnika Sud naglašava, primjerice, u rješenju od 12. svibnja 2016., Security Service i dr. (C-692/15 do C-694/15, EU:C:2016:344, t. 18.). Već su i prije u ustaljenoj sudskoj praksi formulirani sadržajno jednaki uvjeti za dopuštenost zahtjeva za prethodnu odluku; vidjeti, *ex multis*, presude od 24. travnja 2012., Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, t. 42.) i od 21. prosinca 2016., Vervloet i dr. (C-76/15, EU:C:2016:975, t. 56. i 57.).

22 Vidjeti u tom smislu rješenje od 8. listopada 2002., Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, t. 21. i 22.) i presude od 26. siječnja 1993., Telemarsicabruzzo i dr. (C-320/90 do C-322/90, EU:C:1993:26, t. 7.), od 31. siječnja 2008., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, t. 58.), od 21. studenoga 2013., Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, t. 20.) i od 13. veljače 2014., Airport Shuttle Express i dr. (C-162/12 i C-163/12, EU:C:2014:74, t. 38.).

23 Presuda od 31. siječnja 2008., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, t. 64. do 71., a osobito t. 69.)



29. U pogledu odredaba prava tržišnog natjecanja iz članaka 101., 102. i 106. UFEU-a dovoljno je navesti da se one odnose na ponašanje poduzetnika dok je u ovom predmetu riječ o ponašanju državnih tijela prilikom dodjele televizijskih frekvencija. Dakako, članak 102. prvi stavak UFEU-a u vezi s člankom 106. stavkom 1. UFEU-a zabranjuje državama članicama da stvore situaciju u kojoj se određenim poduzetnicima, ovdje Raiju i Mediasetu, olakšava da zloupotrebljavaju svoj navodno postojeći zajednički kolektivni vladajući položaj na tržištu<sup>24</sup>. Međutim, predaleko bi se otišlo kada bi se samo zbog mogućeg pogrešnog postupanja nacionalnih tijela Italije prilikom dodjele digitalnih televizijskih frekvencija zaključilo da je vjerojatno ili čak neizbježno došlo do protutržišnog ponašanja Raija i Mediaseta.

30. Ako sud koji je uputio zahtjev želi samo općenito raspravljati o *pojmu tržišnog natjecanja*, Sud to može dostatno obraditi u okviru svojih razmatranja o trima direktivama 2002/20, 2002/21 i 2002/77, za što nije potrebno zasebno tumačenje članaka 101., 102. i 106. UFEU-a.

31. Slijedom toga, prethodna pitanja treba proglasiti nedopuštenima u dijelu u kojem se odnose na tumačenje članaka 56., 101., 102. i 106. UFEU-a.

## **2. Relevantnost prethodnih pitanja u odnosu na Persideru**

32. Talijanska vlada nadalje smatra da zahtjev za prethodnu odluku nije relevantan za odluku jer je Persidera u međuvremenu ionako dosegla najviši dopušteni broj od pet multipleksa s frekvencijama emitiranja za digitalnu televiziju.

33. Točno je da zahtjev za prethodnu odluku treba smatrati nedopuštenim ako je utvrđeno da više ne treba odlučivati o sporu u glavnom postupku<sup>25</sup>. U ovom slučaju, međutim, nema dovoljnih indicija da je spor tako riješen, a kamoli da je to očito. Nasuprot tomu, iz spisa proizlazi da pred nacionalnim upravnim sudovima Persidera ne zahtijeva samo dodjelu još jednog digitalnog multipleksa, već i naknadu štete. Budući da nije isključeno da se za prijašnje protupravno ponašanje talijanskih tijela poduzetniku može dosuditi naknada štete, mora se u tom pogledu i nadalje ostati pri presumpciji relevantnosti prethodnih pitanja za odluku<sup>26</sup>.

34. Uzimajući navedeno u obzir valja odbiti prigovor talijanske vlade da više ne treba odlučivati o sporu u glavnom postupku.

## **3. Dostatne indicije o navodnoj nezakonitosti dvaju televizijskih kanala**

35. Naposljetku valja razmotriti, može li se zahtjev za prethodnu odluku proglasiti možda nedopuštenim zato što ima premalo objašnjenja u pogledu nezakonitosti koju Persidera ističe i koja se odnosi na upravljanje dvama televizijskim kanalima njezinih konkurenata. Ta nezakonitost pretpostavka je na kojoj se temelji cjelokupni zahtjev za prethodnu odluku: i prvo i drugo prethodno pitanje izričito je povezano s njome.

24 Vidjeti u tom smislu presudu od 18. lipnja 1991., ERT (C-260/89, EU:C:1991:254, t. 37.), od 31. siječnja 2008., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, t. 60.) i od 1. srpnja 2008., MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, t. 50.); vidjeti i moje mišljenje u predmetu Taricco i dr. (C-105/14, EU:C:2015:293, t. 60.).

25 Presude od 20. siječnja 2005., García Blanco (C-225/02, EU:C:2005:34) i od 24. listopada 2013., Stoilov i Ko (C-180/12, EU:C:2013:693) i rješenje od 14. listopada 2010., Reinke (C-336/08, EU:C:2010:604)

26 Presude od 7. rujna 1999., Beck i Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, t. 22.), od 16. lipnja 2015., Gauweiler i dr. (C-62/14, EU:C:2015:400, t. 25.), od 6. rujna 2016., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, t. 20.) i od 21. prosinca 2016., Vervloet i dr. (C-76/15, EU:C:2016:975, t. 57.)

36. Točno je da odluka Consiglia di Stato kojom se upućuju prethodna pitanja u toj točki nije primjer za jasnoću i točnost. Moglo bi se zaželjati da je u odluci kojom se upućuju prethodna pitanja konkretnije i strukturiranije navedeno, iz čega točno proizlazi navodna nezakonitost i koji je njezin učinak. U tom pogledu odluka kojom se upućuju prethodna pitanja sadržava, međutim, samo vrlo šturu činjenične i pravne navode.

37. Svejedno sam mišljenja da je u zahtjevu za prethodnu odluku, unatoč njegovim nespornim nedostacima, dovoljno jasno istaknuto, na koju se vrstu nezakonitosti misli. Ovdje se, kao što to već tekst obaju prethodnih pitanja pokazuje, radi o navodnom „kršenju pragova za koncentracije predviđenih nacionalnim propisima” i o tome da se navedenim televizijskim kanalima „upravlja bez koncesije”.

38. Kao što, osim toga, proizlazi iz spisa, u slučaju obaju televizijskih kanala, kojima se navodno nezakonito upravlja, radi se, s jedne strane, o televizijskom programu „RAI 3” državnog televizijskog društva Rai i, s druge strane, o televizijskom programu „Rete 4” privatnog koncerna Mediaset. Persidera u bitnome tvrdi da je uzimanjem u obzir tih dvaju televizijskih programa prilikom prelaska s analogne na digitalnu televiziju došlo do neopravdanog stavljanja Raija i Mediaseta u povoljniji položaj u odnosu na njihove manje konkurente. Na taj su način Rai i Mediaset dobili više digitalnih frekvencija u obliku multipleksa nego što im je u stvarnosti pripadalo.

39. Stoga u tom pogledu Sud ima dovoljno indicija za koristan odgovor na prethodna pitanja. To pokazuju osobito očitovanja koja su brojne stranke u postupku podnijele Sudu u ovom slučaju<sup>27</sup>.

40. Slijedom navedenog, zahtjev za prethodnu odluku valja smatrati dopuštenim s obzirom na navodnu nezakonitost dvaju televizijskih kanala.

41. To ne mijenja ni okolnost da više stranaka u postupku, to jest Rai, RTI i talijanska vlada, izričito tvrde da u odnosu na „RAI 3” i „Rete 4” nezakonitost u stvarnosti ne postoji. Naime, prema ustaljenoj sudskoj praksi<sup>28</sup> Sud se u pogledu činjenične i pravne situacije mjerodavne za glavni postupak mora držati samo opisa suda koji je uputio zahtjev, čiju točnost ne provjerava<sup>29</sup>, čak i ako je u sumnju dovode određene stranke, to jest ovdje: Rai, RTI i Italija.

#### **4. Međuzaključak**

42. Sve u svemu, zahtjev za prethodnu odluku dopušten je stoga samo u dijelu u kojem se odnosi na članke 56., 101., 102. i 106. UFEU-a. U preostalom dijelu treba ga smatrati nedopuštenim.

### **B. Analiza osnovanosti prethodnih pitanja**

43. I činjenično stanje u glavnom postupku i mjerodavno pravo obilježava velika složenost. Nažalost, navodima suda koji je uputio zahtjev i stranaka u postupku nije se uspjelo u rasvjetljavanju stvari. Umjesto toga doprinijeli su nepotrebnom kompliciranju slučaja i skretanju pogleda s bitnog.

<sup>27</sup> Među ostalim, vidjeti u istom smislu presudu od 18. listopada 2011., Boxus i dr. (C-128/09 do C-131/09, C-134/09 i C-135/09, EU:C:2011:667, t. 27.).

<sup>28</sup> Vidjeti osobito presude od 25. siječnja 2011., Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, t. 41.) i od 6. listopada 2015., Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, t. 13.).

<sup>29</sup> Ustaljena sudska praksa, vidjeti primjerice presude od 13. listopada 2016., Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, t. 16.) i od 31. siječnja 2017., Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, t. 56.).

44. Ovaj postupak, kao što je već navedeno, treba promatrati s obzirom na prelazak s analogne na digitalnu televiziju u Italiji i on rasvjetljava pravni aspekt jednog dijela tog prelaska: on se isključivo odnosi na izračun broja digitalnih frekvencija emitiranja koje su trebale biti dodijeljene mrežnim operatorima koji već otprije djeluju na analognom televizijskom tržištu. U kojoj se mjeri prilikom izračuna tih digitalnih frekvencija koje treba dodijeliti smjelo u obzir uzeti broj analognih televizijskih programa koje su do tada emitirali odnosi poduzetnici? Je li se analogne televizijske kanale, kojima se navodno nezakonito upravljalo, smjelo uključiti u izračun (prvo prethodno pitanje) i je li taj izračun u aritmetičkom pogledu smio dovesti do različitih pretvorbenih omjera ovisno o mrežnom operatoru (drugo prethodno pitanje)?

45. Smatram da su oba pitanja koja je uputio Consiglio di Stato međusobno tako usko povezana da ih je prikladno zajedno razmotriti.

### **1. Mjerodavne odredbe i pravna načela prava Unije**

46. Za davanje odgovora na oba pitanja mjerodavne su na prvom mjestu razne odredbe sekundarnog prava iz novog zajedničkog regulatornog okvira, i to članci 8. i 9. Direktive 2002/21, članci 3., 5. i 7. Direktive 2002/20 kao i članci 2. i 4. Direktive 2002/77. Na temelju svih tih odredaba do izražaja dolazi to da prilikom dodjele frekvencija države članice raspolažu određenom marginom prosudbe kojom se doduše moraju koristiti poštujući opća načela prava Unije nediskriminacije, transparentnosti i proporcionalnosti, pri čemu moraju također paziti na djelotvorno upravljanje i korištenje frekvencijama te na odgovarajući način voditi računa o načelu tržišnog natjecanja i pluralizmu medija.

47. Navedene odredbe i pravna načela treba poštovati ne samo prilikom prve dodjele frekvencije, već i pri svakoj daljnjoj dodjeli frekvencija, dakle primjerice prilikom ovdje predmetnog prelaska s analognih na digitalne frekvencije<sup>30</sup>. Naime, s jedne strane, novi se zajednički regulatorni okvir primjenjuje na sve postupke koji dovode do dodjele frekvencija<sup>31</sup>; inače se ne bi mogao postići cilj koji je postavljen pravom Unije i koji se odnosi na uspostavu trajnog stanja koje odgovara zahtjevima novog zajedničkog regulatornog okvira. S druge strane, posebno je prelazak na novu tehnologiju digitalne televizije doveo u stvarnosti do prvotne dodjele te nove vrste frekvencija emitiranja.

48. U ovom je slučaju bilo jasno i razumljivo prema kojoj je metodi u Italiji bila provedena pretvorba dotada korištenih analognih televizijskih frekvencija u digitalne. Shodno tomu problem nije toliko primjerice u nedostatku transparentnosti postupka pretvorbe. Naprotiv, Persidera smatra da je zbog *metode pretvorbe*, koju su odabrala nacionalna tijela u Italiji, *stavljena u nepovoljniji položaj* u odnosu na njezine veće konkurente, to jest u odnosu na Rai i Mediaset. Spor se dakle u konačnici odnosi na načelo jednakog postupanja odnosno nediskriminacije<sup>32</sup>, prilikom čije primjene po prirodi stvari i druga načela na kojima se zasniva novi zajednički regulatorni okvir imaju važnu ulogu, kao što su to razlozi proporcionalnosti.

<sup>30</sup> Vidjeti, po analogiji, presudu od 21. ožujka 2013., Belgacom i dr. (C-375/11, EU:C:2013:185, t. 37. i 39.), u pogledu primjene Direktive 2002/20 na produljenje već dodijeljenih prava korištenja radijskim frekvencijama.

<sup>31</sup> Na to se upućuje primjerice u članku 7. stavku 2. Direktive 2002/20, gdje je riječ o dodjeli „daljnjih” prava korištenja radijskih frekvencija.

<sup>32</sup> U pogledu terminologije vidjeti, primjerice, presudu od 12. rujna 2006., Eman i Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, t. 57.); radi pojednostavljenja u nastavku ću u cijelom tekstu govoriti o načelu jednakog postupanja.

49. Isto kao i sva opća načela prava Unije, države članice trebaju prilikom provedbe prava Unije poštovati načelo jednakosti postupanja i načelo proporcionalnosti<sup>33</sup>. Države članice ne smiju se osloniti na tumačenje relevantnih direktiva koje bi bilo u suprotnosti s općim načelima prava Unije<sup>34</sup>. Osim toga, sami novi zajednički regulatorni okvir podsjeća na razini sekundarnog prava na tu obvezu iz primarnog prava te je konkretizira osobito u članku 8. stavku 1., članku 9. stavku 1. drugoj rečenici i u uvodnoj izjavi 19. Direktive 2002/21, nadalje u članku 5. stavku 2. drugom podstavku i u članku 7. stavku 3. Direktive 2002/20, kao i naposljetku u članku 2. stavku 4. i u članku 4. točki 2. Direktive 2002/77<sup>35</sup>.

## **2. Načelo jednakog postupanja**

50. Načelo jednakog postupanja, koje je u međuvremenu utvrđeno i u člancima 20. i 21. Povelje o temeljnim pravima, zahtijeva prema ustaljenoj sudskoj praksi da se u usporedivim situacijama ne postupa na različit način i da se u različitim situacijama ne postupa na jednak način, osim ako bi takvo postupanje bilo objektivno opravdano<sup>36</sup>.

### **a) Nejednako postupanje**

51. Usporedivost situacija treba, među ostalim, ocijeniti s obzirom na cilj i svrhu odnosnog akta. Usto je potrebno uzeti u obzir načela i ciljeve područja reguliranja u koje predmetni akt spada<sup>37</sup>.

52. U ovom slučaju valja stoga položaj Raija, Mediaseta i Persidere ispitati s obzirom na dodjelu onih osam multipleksa koje je trebalo dodijeliti u prvoj skupini digitalnih televizijskih frekvencija<sup>38</sup>. Te su frekvencije, kao što je već spomenuto, služile osiguranju kontinuiteta televizijske ponude te ih je trebalo dodijeliti isključivo mrežnim operatorima, koji su u ponudi već otprije imali analogne televizijske kanale.

53. Osobito u odnosu na dodjelu tih osam multipleksa i na ciljeve koje se time nastoji ostvariti, Rai, Mediaset i Persidera su se, koliko je vidljivo, nalazili u potpuno usporedivom položaju: sva tri poduzetnika su, naime, već do tada upravljala u Italiji analognim televizijskim kanalima. Stoga je prema planu za dodjelu frekvencija razrađenom za Italiju svaki od tih poduzetnika mogao zahtijevati digitalne frekvencije iz prve skupine od osam multipleksa koje su mu trebale osigurati nastavak njegovih odnosnih televizijskih programa.

33 Kao osnovu za obvezu poštovanja općih načela prava Unije vidjeti presude od 10. ožujka 2009., Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, t. 45., drugu rečenicu) i od 26. travnja 2005., „Goed Wonen” (C-376/02, EU:C:2005:251, t. 32.); posebno u vezi s načelom jednakog postupanja vidjeti presudu od 11. srpnja 2006., Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, t. 56., prva i druga rečenica) i u vezi s načelom proporcionalnosti presude od 10. ožujka 2005., Tempelman i van Schaijk (C-96/03 i C-97/03, EU:C:2005:145, t. 46.) i od 9. ožujka 2010., ERG i dr. (C-379/08 i C-380/08, EU:C:2010:127, t. 86.).

34 Presude od 6. studenoga 2003., Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, t. 87.), od 26. lipnja 2007., Ordre des barreaux francophones et germanophone i dr. (C-305/05, EU:C:2007:383, t. 28., druga rečenica), od 21. prosinca 2011., NS (C-411/10 i C-493/10, EU:C:2011:865, t. 77.) i od 19. rujna 2013., preispitivanje Komisija/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, t. 40.)

35 U članku 2. stavku 4. i članku 4. točki 2. Direktive 2002/77 govori se o „proporcionalnim” kriterijima, što ne predstavlja ništa drugo osim upućivanja na načelo proporcionalnosti.

36 Presude od 16. prosinca 2008., Arcelor Atlantique et Lorraine i dr. (C-127/07, EU:C:2008:728, t. 23.), od 14. rujna 2010., Akzo Nobel Chemicals i Akros Chemicals/Komisija (C-550/07 P, EU:C:2010:512, t. 54. i 55.) i od 21. prosinca 2016., Vervloet i dr. (C-76/15, EU:C:2016:975, t. 74.)

37 Presude od 16. prosinca 2008., Arcelor Atlantique et Lorraine i dr. (C-127/07, EU:C:2008:728, t. 25. i 26.), od 1. ožujka 2011., Association belge des Consommateurs Test-Achats i dr. (C-236/09, EU:C:2011:100, t. 29.), od 11. srpnja 2013., Ziegler/Komisija (C-439/11 P, EU:C:2013:513, t. 167.) i od 6. studenoga 2014., Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, t. 51.)

38 Vidjeti u tom pogledu točku 18. ovog mišljenja.

54. S tim u vezi, s *formalnog* gledišta zasigurno nije došlo do nejednakog postupanja između Raija, Mediaseta i Persidere. Naprotiv, na sve je dotadašnje operatore analognih televizijskih kanala u Italiji primijenjena ista metoda pretvorbe. U skladu s njome, svi su mrežni operatori koji su do tada već nudili analognu televiziju dobili barem jedan digitalni multipleks, a nekima među njima, koji su do tada raspolagali s više analognih televizijskih kanala, dodijeljen je jedan digitalni multipleks manje nego što je u stvarnosti odgovaralo broju njihovih analognih kanala.

55. Načelo jednakosti postupanja ne obuhvaća, međutim, samo formalne (izravne, neposredne) nejednakosti postupanja, već i materijalne (neizravne, posredne) nejednakosti postupanja, prilikom kojih primjena naizgled neutralnog kriterija u stvarnosti ide na teret određene osobe ili skupine određenih osoba<sup>39</sup>.

56. U ovom je slučaju navedena metoda pretvorbe na poseban način negativno utjecala na Persideru (prije TIMB) koja za razliku od obaju velikih mrežnih operatora Raija i Mediaseta do tada u ponudi nije imala tri, već samo dva analogni televizijska kanala. Naime, dok je za Rai i Mediaset proizašao pretvorbeni omjer od po 66,67 % (za tri analogni televizijska kanala dodijeljena su im po dva digitalna multipleksa), pretvorbeni omjer u slučaju Persidere, prije TIMB, iznosio je samo 50 % (za njezina dva analogni televizijska kanala TIMB-u je dodijeljen samo jedan digitalni multipleks).

57. Time je, doduše ne s obzirom na *metodu pretvorbe*, već u pogledu postignutog *ishoda pretvorbe*, metoda za pretvorbu postojećih analognih u nove digitalne frekvencije emitiranja, koju je Italija primijenila, dovela do očitog nejednakog postupanja s Persiderom u odnosu na oba njezina veća konkurenta Rai i Mediaset.

## **b) Opravdanje**

58. Novi zajednički regulatorni okvir izričito dopušta da u okviru dodjele i korištenja frekvencija države članice donesu mjere kojima se ostvaruju ciljevi u općem interesu (vidjeti osobito članak 9. stavak 1. drugi podstavak i stavak 4. drugi podstavak Direktive 2002/21 kao i članak 5. stavak 1. drugu rečenicu zadnju alineju i stavak 2. drugi podstavak Direktive 2002/20)<sup>40</sup>.

59. U postupku pred Sudom u bitnome su iznesena dva razloga za opravdanje opisanog nejednakog postupanja. S jedne strane, Talijanska Država željela je osigurati kontinuitet televizijske ponude<sup>41</sup>. S druge strane, nije bilo moguće za svakog mrežnog operatora postići baš istovjetan pretvorbeni omjer jer se s obzirom na nedjeljivost frekvencija ni jednom poduzetniku nije moglo dodijeliti dijelove multipleksa. U nastavku ću se posvetiti obama tim ciljevima te ću mjere donesene radi postizanja tih ciljeva podvrgnuti testu proporcionalnosti.

60. Prema načelu proporcionalnosti, koje je dio općih načela prava Unije, doneseni akti ne smiju prekoračiti granice onoga što je prikladno i nužno za ostvarenje zadanih legitimnih ciljeva predmetnog propisa, pri čemu, kad je moguće odabrati između više prikladnih mjera, valja primijeniti onu koja je najmanje ograničavajuća, a prouzročeni nepovoljni učinci usto ne smiju biti nerazmjerni zadanim ciljevima<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Tako, primjerice, iz perspektive zabrane diskriminacije u okviru slobode kretanja radnika, vidjeti presudu od 14. veljače 1995., Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, t. 49.). U vezi s pojmovima formalne i materijalne diskriminacije dodatno vidjeti i mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Lagrangea u predmetu Italija/Komisija (13/63, EU:C:1963:9) i P. VerLoren van Themaat u spojenim predmetima Seco i Desquenue & Giral (62/81 i 63/81, EU:C:1981:305).

<sup>40</sup> Vidjeti osim toga uvodnu izjavu 36. Direktive 2009/140.

<sup>41</sup> Rai dodatno upućuje na svoju posebnu obvezu pružanja usluga od općeg interesa. No, o tom aspektu sam sud koji je uputio zahtjev ne raspravlja zbog čega ga ni ja neću u nastavku posebno razmotriti. Ovdje ću samo uputiti na to da se moje navode o osiguranju kontinuiteta televizijske ponude, osobito one o proporcionalnosti, može primijeniti i na dodjelu frekvencija s ciljem osiguranja usluga od općeg interesa.

<sup>42</sup> Presuda od 11. srpnja 1989., Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, t. 21.), od 3. srpnja 2003., Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, t. 76.) i od 10. ožujka 2005., Tempelman i van Schaijk (C-96/03 i C-97/03, EU:C:2005:145, t. 47.); vidjeti u istom smislu od 9. ožujka 2010., ERG i dr. (C-379/08 i C-380/08, EU:C:2010:127, t. 86.) i od 16. lipnja 2015., Gauweiler i dr. (C-62/14, EU:C:2015:400, EU:C:2015:4, t. 67. i 91.)

61. Francuski sudovi, znatno elegantnije, ali sadržajno sasvim podudarno formuliraju da mjera mora biti „prilagođena, nužna i proporcionalna zadanoj svrsi”<sup>43</sup>. Slično je sažeta formulacija iz njemačke sudske prakse kojom se zahtijeva da zadiranje u temeljno pravo „služi legitimnoj svrsi i da je kao sredstvo prikladno, nužno i primjereno toj svrsi”<sup>44</sup>.

62. Budući da se ovaj slučaj odnosi na slobodu i pluralizam medija koji su temeljne vrijednosti za suživot u demokratskom društvu (vidjeti također članak 11. stavak 2. Povelje o temeljnim pravima), prilikom ispitivanja proporcionalnosti treba primijeniti stroge kriterije<sup>45</sup>. Nejednako postupanje može se stoga prihvatiti samo ako je nužno da se ciljevi od općeg interesa dosljedno i sustavno postignu.

*i) Osiguranje kontinuiteta televizijske ponude*

63. Što se prije svega tiče osiguranja kontinuiteta televizijske ponude, radi se o legitimnom interesu, na koji se nacionalna tijela mogu osloniti prilikom izrade svojeg plana dodjele frekvencija.

64. Navedeni kontinuitet služi osobito zaštitu potrošača, koja je, među ostalim, navedena na istaknutom mjestu u uvodnoj izjavi 6. Direktive 2002/21 te se osim toga odražava u načelu „ostvarenja maksimalne koristi za korisnike” (članak 7. stavak 1. točka (a) Direktive 2002/20). Na taj se način potrošačima olakšava ostvarivanje njihova temeljnog prava na slobodu informiranja (članak 11. stavak 1. druga rečenica Povelje o temeljnim pravima), ali im se također olakšava i zadovoljenje njihovih kulturnih potreba, ako im je unatoč prelasku s analogne na digitalnu televiziju i nadalje na raspolaganju njihov uobičajeni televizijski kanal.

65. Ovaj kontinuitet televizijske ponude može doista biti u potpunosti koristan ako nadležna nacionalna tijela rezerviraju skupinu digitalnih multipleksa za one mrežne operatore, koji su do tada već imali analogne televizijske kanale u svojoj ponudi te svakom od njih obećaju da će dobiti dovoljno digitalnih frekvencija kako bi svoju dotadašnju analognu ponudu nastavili u digitalnom obliku.

66. Međutim, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, neka je mjera prikladna za jamčenje ostvarenja navedenog cilja samo ako zaista dosljedno i sustavno odražava nastojanje da ga se postigne<sup>46</sup>.

43 U francuskom originalu: „adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu’elle poursuit”; vidjeti primjerice francuski Conseil constitutionnel (Ustavno vijeće), odluke br. 2015-527 QPC od 22. prosinca 2015. (FR:CC:2015:2015.527.QPC, t. 4. i 12.) i br. 2016-536 QPC od 19. veljače 2016. (FR:CC:2016:2016.536.QPC, t. 3. i 10.); vidjeti također Conseil d’État (Državno vijeće, Francuska), presuda br. 317827 od 26. listopada 2011. (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

44 U njemačkom originalu: „einem legitimen Zweck dient und als Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist”; vidjeti u tom pogledu primjerice noviju sudsku praksu njemačkog Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud), primjerice *BVerfGE* 120., 274., 318. i sljedeću (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, t. 218.). „Primjereno” („angemessen”) u tom je kontekstu sinonim za „proporcionalno u užem smislu” („verhältnismäßig im engeren Sinne”).

45 Vidjeti u tom smislu presudu od 8. travnja 2014., *Digital Rights Ireland* i dr. (C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, t. 47.), gdje je Sud naglasio da se širina ovlasti ocjene zakonodavca Unije može pokazati ograničenom s obzirom na određeni broj elemenata, među kojima su posebice područje o kojem je riječ, narav predmetnog prava koje je zajamčeno Poveljom, narav i težina miješanja kao i njegova svrha.

46 Presude od 10. ožujka 2009., *Hartlauer* (C-169/07, EU:C:2009:141, t. 55.), od 17. studenoga 2009., *Presidente del Consiglio dei Ministri* (C-169/08, EU:C:2009:709, t. 42.) i od 13. srpnja 2016., *Pöpperl* (C-187/15, EU:C:2016:550, t. 34.). Ta sudska praksa donesena u vezi s temeljnim slobodama mora biti primjenjiva i na novi zajednički regulatorni okvir uređen sekundarnim pravom, osobito zato što taj okvir služi, među ostalim, ostvarenju temeljnih sloboda.

67. Ako bi se u glavnom postupku, zbog utvrđenja suda koji uputio zahtjev, a do kojih ovisno o okolnostima tek treba doći, pokazalo da je dodjelom po tri multipleksa, Raiju i Mediasetu bilo dodijeljeno previše digitalnih frekvencija jer su dobili više tih frekvencija nego što je to bilo nužno za nastavak njihovih dosadašnjih analognih televizijskih kanala<sup>47</sup>, nasuprot čemu je Persidera dobila manje digitalnih frekvencija nego što je to bilo nužno, odnosno njezina dodjela u svakom slučaju nije bila u istoj mjeri velikodušna, tada bi metodi pretvorbe koju su talijanska tijela primijenila nedostajala dosljednost i ne bi prošla test proporcionalnosti.

68. Osim toga, dodjela previše frekvencija obama tržišnim predvodnicima RAI-ju i Mediasetu proturječila bi načelu tržišnog natjecanja. U osnovne težnje novog zajedničkog regulatornog okvira ubrajaju se, naime, promicanje tržišnog natjecanja (vidjeti osobito članak 7. stavak 1. točku (a) Direktive 2002/20 kao i članak 8. stavak 2. Direktive 2002/21)<sup>48</sup> i izbjegavanje narušavanja tržišnog natjecanja u području elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga (vidjeti osobito članak 5. stavak 6. Direktive 2002/20 i članak 8. stavak 2. točku (b) Direktive 2002/21), zajedno s nastojanjima za promicanje pluralizma medija (vidjeti u tom pogledu članak 8. stavak 1. treći podstavak i članak 9. stavak 4. drugi podstavak točku (d) i uvodnu izjavu 6. Direktive 2002/21 kao i članak 11. stavak 2. Povelje o temeljnim pravima). Načelo tržišnog natjecanja i pluralizam medija vrlo se konkretno odražavaju u slobodi zajamčenoj pravom Unije koja se odnosi na pružanje elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga (članak 3. stavak 1. Direktive 2002/20 i članak 2. stavak 2. Direktive 2002/77). U tom su kontekstu nacionalna tijela izričito obvezana da osiguravaju da ne dođe do poremećaja tržišnog natjecanja zbog bilo kakve akumulacije prava korištenja radijskih frekvencija (članak 5. stavak 6. druga rečenica Direktive 2002/20) i mogu donijeti mjere protiv gomilanja pričuva u radiofrekvencijskom spektru (članak 9. stavak 7. Direktive 2002/21).

69. No, ako se obama poduzetnicima koji su daleko najveći poduzetnici koji djeluju na talijanskom televizijskom tržištu, tj. Raiju i Mediasetu, dodijeli više digitalnih multipleksa nego što bi bilo nužno za nastavak njihovih dosadašnjih analognih televizijskih programa, tada je takva dodjela previše digitalnih frekvencija prikladna za to da dovede do akumulacije frekvencija u rukama obaju tržišnih predvodnika i da još više ojača njihov ionako već značajan tržišni položaj u odnosu na njihove manje konkurente<sup>49</sup>, što ograničava mogućnosti odabira potrošača te se u konačnici svodi na slabljenje pluralizma medija.

70. Na posebno bi težak način tržišno natjecanje bilo povrijeđeno, ako bi se obistinila pretpostavka Consiglia di Stato koja je izričito utvrđena u odluci o upućivanju prethodnog pitanja i prema kojoj su prilikom pretvorbe analognih televizijskih frekvencija u digitalne u korist RAI-ja i Mediaseta uzeta u obzir i dva ilegalno upravljana televizijska kanala – „RAI 3” i „Rete 4”<sup>50</sup>. Naime, to bi značilo da su RAI i Mediaset, kao oba talijanska tržišna predvodnika, svoj osobito povoljan pretvorbeni omjer od 66,67 % (za svaka tri analogna televizijska kanala po dva digitalna multipleksa) ostvarili zapravo nezakonitim ponašanjem. Međutim, takvu bi prednost, koja bi se zapravo temeljila samo na produljenju nezakonitog stanja, trebalo smatrati protutržišnom.

<sup>47</sup> I u pisanom i usmenom dijelu postupka pred Sudom, više je sudionika primijetilo da se digitalnim frekvencijama istovremeno može emitirati više televizijskih programa. Riječ je bila o korištenju jednim digitalnim multipleksom za do četiri ili čak šest takvih programa, ovisno o kakvoći prijenosa. Time se nameće pitanje, nije li već dodjela samo jednog multipleksa bila dostatna da se RAI-ju i Mediasetu omogući nastavak njihove dosadašnje televizijske ponude koja je prema navodima stranaka u postupku obuhvaćala po tri analogna kanala. Na raspravi su se RAI i Mediaset izjasnili protiv takvog pristupa. U konačnici će biti na sudu koji je uputio zahtjev da u vezi s tom problematikom dođe do prikladnih činjeničnih utvrđenja i da iz toga izvede potrebne zaključke. Pritom će morati uzeti u obzir da su ovdje sporne digitalne frekvencije iz prve skupine trebale služiti samo *nastavku*, a ne primjerice *proširenju* ili temeljnom *poboljšanju* dosadašnje televizijske ponude (osim poboljšanja koje može proizaći već iz prelaska na digitalni prijenos).

<sup>48</sup> Vidjeti također presudu od 23. travnja 2015., Komisija/Bugarska (C-376/13, EU:C:2015:266, t. 69.).

<sup>49</sup> U tom pogledu vidjeti i presudu od 31. siječnja 2008., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, t. 98. i 99.) u kojoj Sud ističe da mjere koje za posljednju imaju zamrzavanje struktura nacionalnog tržišta i zaštitu položaja nacionalnih operatora koji već posluju na tom tržištu, nisu u skladu s direktivama novog zajedničkog regulatornog okvira.

<sup>50</sup> Nije zadaća Suda da u prethodnom postupku ocjenjuje, upravlja li se odnosno je li se televizijskim kanalima „RAI 3” i „Rete 4” doista upravljalo na nezakonit način. Za potrebe ovog prethodnog postupka Sud mora, međutim, poći od pretpostavke koju je formulirao Consiglio di Stato, i na njoj zasnovati svoju analizu.

71. Moguća dodjela previše frekvencija Raiju i Mediasetu kao i moguće uzimanje u obzir nezakonito upravljanih televizijskih kanala prilikom pretvorbe analognih frekvencija u digitalne bili bi dijametralno suprotni zadanom cilju zakonodavca Unije koji se odnosi na promicanje tržišnog natjecanja u području elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga i jačanje pluralizma medija.

72. U takvim se okolnostima osiguranje kontinuiteta televizijskog programa ne bi moglo iskoristiti kao razlog za opravdanje nejednakog postupanja između Raija i Mediaseta, s jedne strane, i Persidere, s druge strane.

*ii) Očuvanje nedjeljivosti frekvencija*

73. Što se potom tiče nedjeljivosti frekvencija, radi se o faktičnom ograničenju koje se po prirodi stvari također moglo i moralo uzeti u obzir kada se sa starog sustava analognih frekvencija emitiranja prelazilo na novi sustav digitalnih frekvencija. U konačnici je izbjegavanje dijeljenja prilikom dodjele frekvencija jedan od aspekata djelotvornog upravljanja i korištenja frekvencijama čemu u skladu s člankom 8. stavkom 2. točkom (d) i člankom 9. stavkom 1. i stavkom 4. drugim podstavkom točkom (c) Direktive 2002/21 kao i u skladu s člankom 5. stavkom 2. prvim podstavkom i stavcima 5. i 6. prvom rečenicom Direktive 2002/20 države članice moraju težiti i što moraju osigurati.

74. Dodjela trećeg digitalnog multipleksa Raiju i Mediasetu nedvojbeno je bila prikladna da se osam multipleksa iz prve skupine, koji su stajali na raspolaganju, dodijeli svim ovlaštenim mrežnim operatorima uz očuvanje njihove nedjeljivosti i bez nastanka dijelova.

75. No, navedena dodjela trećeg digitalnog multipleksa Raiju i Mediasetu nije bila jedina mogućnost za očuvanje nedjeljivosti frekvencija. Naprotiv, o tome se moglo voditi računa i u okviru drugih postupanja s manje negativnim učincima po tržišno natjecanje.

76. Osobito su moguće suvišne multiplekse iz prve skupine<sup>51</sup> talijanska tijela mogla dodijeliti prema objektivnim kriterijima onim mrežnim operatorima koji su te frekvencije mogli najbolje upotrijebiti u smislu jačanja tržišnog natjecanja i radi nastavka svojih dosadašnjih analognih televizijskih programa. Nikako ne stoji da bi to bila oba tržišna predvodnika RAI i Mediaset.

77. Alternativno su talijanska tijela mogla, ovisno o okolnostima i podložno daljnjim utvrđenjima suda koji je uputio zahtjev, suvišne multiplekse iz prve skupine raspodijeliti na više operatora radi zajedničkog korištenja, pod uvjetom da se svaki od tih mrežnih operatora može osloniti na frekvencije sadržane u tim multipleksima radi emitiranja svojih televizijskih programa na određene, unaprijed utvrđene dane u tjednu ili u određeno, unaprijed utvrđeno vrijeme dana.

78. S obzirom na podudarne tvrdnje stranaka u postupku, prema kojima svaki digitalni multipleks omogućuje emitiranje više televizijskih programa, sud koji je uputio zahtjev morat će osim toga ispitati, nije li postojala mogućnost da se za više televizijskih programa različitih pružatelja usluga koristi jedan te isti multipleks.

79. U svakom slučaju treba utvrditi da očuvanje nedjeljivosti frekvencija nije dovoljno za opravdanje spornog nejednakog postupanja prema Raiju i Mediasetu, s jedne strane, i Persideri, s druge strane.

<sup>51</sup> Vidjeti u tom pogledu ponovno točku 18. ovog mišljenja.



## VI. Zaključak

80. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Stato (Državno Vijeće, Italija) odgovori kako slijedi:

Člancima 8. i 9. Direktive 2002/21, člancima 3., 5. i 7. Direktive 2002/20 kao i člancima 2. i 4. Direktive 2002/77 protivi se nacionalna metoda za dodjelu digitalnih televizijskih frekvencija koja za učinak ima to da oba tržišna predvodnika u odnosu na broj svojih dosadašnjih analognih televizijskih kanala dobiju više digitalnih frekvencija od svojih manjih konkurenata, osim ako bi takvo postupanje bilo opravdano ostvarivanjem legitimnih ciljeva u općem interesu.

U te ciljeve spada jamčenje kontinuiteta televizijskog programa i očuvanje nedjeljivosti televizijskih frekvencija. Nejednako postupanje među mrežnim operatorima koje se zasniva na tim ciljevima mora se, međutim, strogo ograničiti na ono što je uzimajući u obzir načelo tržišnog natjecanja i pluralizam medija, na kojima se te tri direktive temelje, nužno da se navedene ciljeve dosljedno i sustavno postigne.

Tržišno natjecanje bi se posebno teško prekršilo ako bi se nacionalnom metodom za dodjelu digitalnih televizijskih frekvencija, uzimajući u obzir dotada nezakonito upravljane analogne televizijske kanale, na oba tržišna predvodnika raspodijelilo više digitalnih frekvencija nego na njihove manje konkurente.