



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 30 maart 2017¹

Zaak C-112/16

**Persidera SpA
tegen**

**Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni en Ministero dello Sviluppo Economico delle
Infrastrutture e dei Trasporti**

[verzoek van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Elektronischecommunicatienetwerken en -diensten – Richtlijnen 2002/20/EG, 2002/21/EG en 2002/77/EG – Overgang van analoge naar digitale televisie – Vaststelling van het aantal aan elke bezitter van analoge frequenties toe te wijzen digitale frequenties – Inaanmerkingneming van tot dusver illegaal gebruikte analoge frequenties – Omschakelingsverhouding – Omrekeningsfactor – Gelijke behandeling, non-discriminatie en evenredigheid”

I. Inleiding

1. Het fundamentele belang van een grote verscheidenheid aan en integriteit van de media in een vrije, democratische samenleving, kan in het huidige tijdsgewricht hoegenaamd niet voldoende worden benadrukt. Met name de elektronischecommunicatienetwerken en -diensten worden inmiddels bijna door iedereen in het dagelijkse leven gebruikt en zijn als voorwaarde voor een moderne democratie, maar ook voor de ontwikkeling van de bevolking en voor het culturele leven in Europa niet meer weg te denken. Tegelijkertijd blijkt altijd weer hoe broos en vatbaar voor problemen de mechanismen zijn, waarop dergelijke netwerken en diensten berusten.

2. In Italië hebben er in de laatste decennia herhaaldelijk felle discussies plaatsgevonden met betrekking tot het pluralisme op de televisie. Dienovereenkomstig is het niet verwonderlijk dat ook de overgang van analoge naar digitale televisie aldaar tot geschillen betreffende een rechtvaardige toewijzing van de nieuwe digitale televisiefrequenties heeft geleid.

3. In het onderhavige geval gaat het met name om de toewijzing van de digitale frequenties die door de overheid uitdrukkelijk voor de voortzetting van de bestaande analoge televisieprogramma's waren gereserveerd. Persidera (voorheen Telecom Italia Media Broadcasting – TIMB)², een van de Italiaanse netwerkexploitanten, voelt zich bij de omschakeling van analoge frequenties naar digitale ten opzichte van haar concurrenten – namelijk ten opzichte van de marktleiders Rai en Mediaset – benadeeld.

¹ Oorspronkelijke taal: Duits.

² Voor de definitieve overgang naar digitale televisie exploiteerde Persidera – respectievelijk TIMB als haar rechtsvoorgangster – in Italië twee analoge televisiezenders („La 7” en „MTV”) en twee digitale („TIMB1” en „MBONE”).

4. Het Hof moet in het onderhavige geval verduidelijken welke eisen het recht van de Unie stelt aan een rechtvaardige frequentietoewijzing. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de Italiaanse Republiek met de thans betwiste methode van frequentietoewijzing niet in de laatste plaats rekening diende te houden met de bezwaren van de Europese Commissie in een lopende niet-nakomingsprocedure³ en een prejudicieel arrest van het Hof⁴.

5. Van doorslaggevende betekenis voor de beoordeling van deze problematiek is het sinds 2002 geldende „nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader”, dat uit meerdere richtlijnen van de wetgevers van de Unie bestaat en uit de algemene beginselen van het recht van de Unie.

6. De onderhavige procedure in zaak C-112/16 hangt nauw samen met de prejudiciële procedure in zaak C-560/15, waarin ik eveneens vandaag conclusie neem. De aldaar opgeworpen rechtsvragen hebben weliswaar in wezen betrekking op dezelfde bepalingen en beginselen van het recht van de Unie, maar betreffen niet de in casu in het geding zijnde omschakeling van oude analoge frequenties naar nieuwe digitale en werpen ook overigens duidelijk andere rechtskwesties op.

II. Toepasselijke bepalingen

7. Het regelgevingskader van de Unie wordt in dit geval bepaald door drie richtlijnen uit 2002 inzake elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, die allemaal tot het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatiediensten, voor elektronischecommunicatienetwerken alsook voor de bijbehorende faciliteiten en diensten behoren: de kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21/EG)⁵, de machtigingsrichtlijn (richtlijn 2002/20/EG)⁶ en de mededingingsrichtlijn (richtlijn 2002/77/EG)⁷. De twee eerstgenoemde richtlijnen gelden in de versie die zij bij richtlijn 2009/140/EG⁸ hebben verkregen.

A. Kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21)

8. Ter inleiding wijs ik op de overwegingen 6 en 19 van richtlijn 2002/21, waarin onder meer het volgende valt te lezen:

„(6) Audiovisueel beleid en inhoudregulering beogen doelstellingen van algemeen belang, zoals vrijheid van meningsuiting, pluralisme van de media, onpartijdigheid, culturele en taalkundige verscheidenheid, sociale insluiting, consumentenbescherming en de bescherming van minderjarigen te realiseren. [...]

[...]

3 Niet-nakomingsprocedure nr. 2005/5086 (zie daartoe de persberichten van de Commissie IP/06/1019 van 19 juli 2006 en IP/07/1114 van 18 juli 2007); deze procedure, waarin de Commissie in juli 2007 een met redenen omkleed advies als bedoeld in artikel 258, lid 1, VWEU (voorheen artikel 226, lid 1, EG) heeft uitgebracht, is tot op heden nog niet afgerond.

4 Arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

5 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 33).

6 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 21).

7 Richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (mededingingsrichtlijn) (PB 2002, L 249, blz. 21).

8 Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (PB 2009, L 337, blz. 37, met rectificatie in PB 2013, L 241, blz. 8).

(19) Radiofrequenties zijn een essentiële voorwaarde voor elektronische communicatiediensten die op radioverbindingen zijn gebaseerd en dienen dan ook, voor zover zij betrekking hebben op deze diensten, door de nationale regelgevende instanties te worden ingedeeld en toegewezen volgens een verzameling geharmoniseerde doelstellingen en beginselen waarop deze hun optreden steunen, en volgens objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria, een en ander met inachtneming van de democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen die een rol spelen bij het gebruik van frequenties. [...]"

9. Onder het opschrift „Beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen” is vervolgens in artikel 8, leden 1 en 2, van richtlijn 2002/21 onder andere het volgende geregeld:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties 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.

[...]

2. De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze

[...]

b)

zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is, met inbegrip van de doorgifte van inhoud;

[...]

d) zij bevorderen efficiënt gebruik en zorgen voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en de nummervoorraad.”

10. Bovendien bevat artikel 9 van richtlijn 2002/21 de volgende bepalingen inzake het „Beheer van de radiofrequenties voor elektronische communicatiediensten”:

„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 elektronische communicatiediensten op hun grondgebied efficiënt worden beheerd overeenkomstig de artikelen 8 en 8 bis. Zij zorgen ervoor dat de spectrumtoewijzing voor elektronische communicatiediensten 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 ITU, en mogen zij overwegingen van openbare orde in aanmerking nemen.

[...]

4. [...]Maatregelen die vereisen dat een elektronischecommunicatiedienst in een specifieke voor elektronischecommunicatiediensten beschikbare band wordt aangeboden, worden gerechtvaardigd door de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang zoals door de lidstaten in overeenstemming met de communautaire wetgeving gedefinieerd, zoals, maar niet beperkt tot:

- a) veiligheid van het menselijk leven;
- b) het bevorderen van de sociale, regionale of territoriale samenhang;
- c) het vermijden van een ondoelmatig gebruik van radiofrequenties; of
- d) de bevordering van culturele en taalkundige diversiteit en pluralisme van de media, bijvoorbeeld door het aanbieden van radio- en televisieomroepdiensten.

[...]

7. Onverminderd het bepaalde in de bijzondere richtlijnen en rekening houdend met de relevante nationale omstandigheden, kunnen de lidstaten voorschriften vaststellen om hamsteren van spectrum te voorkomen, met name door strikte termijnen te bepalen waarbinnen de gebruiksrechten door de houder van de rechten daadwerkelijk moeten worden geëxploiteerd en door sancties toe te passen, met inbegrip van geldboetes of intrekking van de gebruiksrechten indien de termijnen niet worden nageleefd. Deze voorschriften moeten op evenredige, niet-discriminerende en transparante wijze worden opgesteld en toegepast.”

B. Machtigingsrichtlijn (richtlijn 2002/20)

11. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/20 bevat de volgende regeling met betrekking tot de „Algemene machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten”:

„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 omwille van de in artikel 46, lid 1, van het Verdrag bedoelde redenen.”

12. In artikel 5 van richtlijn 2002/20 bevinden zich onder andere deze bepalingen betreffende „Gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers”:

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

[...]

- andere doelstellingen van algemeen belang te vervullen die door de lidstaten overeenkomstig het gemeenschapsrecht 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, 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 richtlijn 2002/21/EG (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 gemeenschapsrecht 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 richtlijn 2002/21/EG (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 te voren is gedefinieerd als noodzakelijk met het oog op het algemeen belang overeenkomstig de communautaire wetgeving.

[...]

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 en 9, lid 2, van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn). Zij zorgen er ook voor dat de mededinging niet wordt verstoord als gevolg van een overdracht of accumulatie van gebruiksrechten voor radiofrequenties. [...]"

13. Met betrekking tot de „[p]rocedure voor het beperken van het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties” is in artikel 7 van richtlijn 2002/20 bovendien het volgende bepaald:

„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 richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) en aan de eisen van artikel 9 van die richtlijn.

[...]”

C. Mededingingsrichtlijn (richtlijn 2002/77)

14. Artikel 2 van richtlijn 2002/77, met het opschrift „Uitsluitende en bijzondere rechten voor elektronischecommunicatienetwerken en elektronischecommunicatiediensten”, bevat onder andere de volgende bepalingen:

„[...]

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.

[...]”

15. Ten slotte bevat artikel 4 van richtlijn 2002/77 deze bepalingen inzake het „Gebruiksrecht voor frequenties”:

„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 gemeenschapsrecht:

[...]

2. dient de toewijzing van radiofrequenties voor elektronischecommunicatiediensten te geschieden op basis van objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en evenredige criteria.”

III. Feiten en hoofdgeding

16. De overgang van analoge naar digitale televisie in Italië maakte een procedure noodzakelijk voor de toewijzing van de nieuwe digitale zendfrequenties, die performanter zijn dan de analoge.⁹ Daartoe heeft de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁰ (AGCOM) op 7 april 2009 besluit 181/09/CONS¹¹ vastgesteld, waarin zij de criteria vaststelde voor de volledige digitalisering van de terrestrische netwerken en tegelijkertijd een mechanisme invoerde voor de toekenning van de daarvoor toe te wijzen frequenties. Dat besluit is vastgesteld tegen de achtergrond van een lopende niet-nakomingsprocedure¹², waarmee de Europese Commissie Italië heeft aangemaand dat zij bij de toekenning van haar digitale frequenties niet de tot nu toe reeds op de markt actieve aanbieders van analoge televisiezenders mocht bevoordelen.

17. Thans was voorzien in de toewijzing van digitale frequenties in de vorm van 21 zogenaamde multiplexen voor landelijke terrestrische uitzending.¹³ Daarbij maakt een multiplex het mogelijk om verschillende audio-, video- en datasignalen te bundelen tot een gemeenschappelijke gegevensstroom, waardoor het gebruik van de ter beschikking staande frequenties en lijnen wordt geoptimaliseerd.

18. Teneinde een rechtvaardige verdeling van deze digitale multiplexen te waarborgen, waarbij niet alleen de bestaande exploitanten van analoge televisiezenders in aanmerking werden genomen, maar ook degenen die reeds eerder in de totstandkoming van digitale netwerken hadden geïnvesteerd, evenals bovendien degenen die als nieuwkomer tot deze markt wilden doordringen, zijn de

9 Een van de grootste voordelen van digitale televisie bestaat erin dat – anders dan bij analoge televisie – in een en hetzelfde frequentiegebied meerdere programma's kunnen worden uitgezonden.

10 Italiaanse toezichthouder voor communicatie.

11 Dat besluit verkreeg door wetsdecreet (decreto-legge) nr. 59/2008 juncto wet nr. 101/2008, kracht van wet.

12 Zie hierboven, voetnoot 3.

13 Sommige deelnemers aan de procedure spreken over een totaal van 22 multiplexen. Het verschil kan echter in het kader van de onderhavige prejudiciële procedure buiten beschouwing worden gelaten.

21 multiplexen in drie groepen onderverdeeld, die volgens verschillende criteria dienden te worden toegekend. Bovendien werd als bovengrens vastgelegd dat geen netwerkexploitant alleen over meer dan in totaal vijf multiplexen mocht beschikken; ook de Commissie had in de niet-nakomingsprocedure aangemaand tot een dergelijk maximumaantal van vijf multiplexen.

19. Concreet zou de toewijzing van de genoemde 21 multiplexen als volgt moeten plaatsvinden:

- In een *eerste groep* waren acht multiplexen voorbehouden aan de omzetting van de bestaande analoge televisienetwerken in digitale televisienetwerken. Dat diende op basis van een rechtvaardige toewijzing plaats te vinden, waarbij de continuïteit van het televisieaanbod in aanmerking moest worden genomen. Elke bestaande aanbieder van analoge televisie diende dienovereenkomstig ten minste één multiplex te krijgen toegewezen, aanbieders met meerdere analoge zenders zouden echter telkens een multiplex minder verkrijgen dan overeenkwam met het aantal van hun analoge zenders. Op deze wijze verkregen onder andere Rai en Mediaset, die tot dusver elk drie analoge televisiezenders hadden geëxploiteerd, elk twee multiplexen, terwijl TIMB, dat tot dusver twee analoge televisiezenders in het assortiment had, één multiplex verkreeg; naar Rete A en twee andere netwerkexploitanten gingen eveneens elk één multiplex.
- In een *tweede groep* zouden acht multiplexen aan de netwerkexploitanten worden toegekend die in de totstandkoming van digitale netwerken hadden geïnvesteerd. Daardoor verkregen Rai, Mediaset en TIMB elk twee extra multiplexen, terwijl Rete A en een andere netwerkexploitant elk één multiplex verkregen.
- In een *derde groep* zouden ten slotte de resterende vijf multiplexen, die eveneens als „digitaal dividend” worden aangeduid,¹⁴ als additionele nieuwe frequenties volgens objectieve, transparante, evenredige en niet-discriminerende criteria worden toegekend.

20. Op deze basis heeft het Italiaanse ministerie voor Economische Ontwikkeling¹⁵ de digitale multiplexen toegewezen.

21. In het onderhavige geval heeft het geschil in het hoofdgeding alleen betrekking op een deel van deze multiplexen, namelijk die van de eerste groep. Aangezien zij zich door de methode van omschakeling van de analoge frequenties naar de digitale¹⁶ ten opzichte van hun grotere concurrenten benadeeld voelde, heeft TIMB bij de Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio¹⁷ (TAR) beroep ingesteld, teneinde een aanvullende multiplex uit de genoemde eerste groep en een schadevergoeding te verkrijgen.

22. Voor de TAR heeft TIMB onder andere aangevoerd dat er in haar geval bij de omschakeling van de bestaande analoge frequenties naar nieuwe digitale frequenties sprake is geweest van een minder gunstige omschakelingsverhouding dan in het geval van Rai en Mediaset: terwijl TIMB namelijk voor twee analoge frequenties één multiplex heeft verkregen, wat leidt tot een omschakelingsverhouding van 50 %, zijn Rai en Mediaset voor telkens drie analoge televisiezenders elk twee multiplexen toegewezen, wat overeenkomt met een gunstiger omschakelingsverhouding van 66,67 %. Bovendien klaagt TIMB dat de omschakeling naar digitale frequenties in het geval van Rai en Mediaset heeft plaatsgevonden met inachtneming van analoge televisiezenders, die tot dusver door beide laatstgenoemde netwerkexploitanten met voorbijgaan aan de wettelijke concentratiegrenzen, en bijgevolg illegaal, waren geëxploiteerd.

¹⁴ Zie met betrekking tot het begrip „digitaal dividend” overweging 26 van richtlijn 2009/140; zie bovendien punt 1 van de mededeling van de Europese Commissie van 13 november 2007, „Ten volle profijt trekken van het digitale dividend in Europa: Een gemeenschappelijke aanpak voor het gebruik van het spectrum dat vrijkomt door de digitale omschakeling”, COM(2007) 700 definitief.

¹⁵ Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

¹⁶ Zie zojuist, eerste streepje van punt 19 van deze conclusie.

¹⁷ Bestuursrechter Lazio.

23. Nadat haar vordering in eerste aanleg was afgewezen¹⁸, heeft TIMB hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato¹⁹, de verwijzende rechter. Tijdens dat hoger beroep bij de Consiglio di Stato is TIMB gefuseerd met Rete A, die reeds bezitter van twee multiplexen was. De uit de fusie voortgekomen nieuwe onderneming, Persidera genaamd, beschikt sindsdien in totaal over vijf multiplexen, wat in Italië – zoals ik reeds heb vermeld – overeenkomt met het wettelijk maximum voor elke netwerkexploitant.

IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

24. Bij besluit van 2 juli 2015, ingekomen op 24 februari 2016, heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de procedure geschorst en het Hof krachtens artikel 267 VWEU 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 richtlijn 2002/21/EG, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG, en de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG, 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 van Justitie 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 richtlijn 2002/21, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20, en de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77, 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 van Justitie 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?”

25. Aan de procedure voor het Hof hebben Persidera, Rai en Reti televisive italiane (RTI)²⁰, de Italiaanse en de Sloveense regering, evenals de Europese Commissie met schriftelijke opmerkingen deelgenomen. Met uitzondering van Slovenië waren dezelfde deelnemers ook bij de mondelinge behandeling van 2 februari 2017 vertegenwoordigd, die onmiddellijk na de mondelinge behandeling in zaak C-560/15 heeft plaatsgevonden.

¹⁸ Zie daartoe arrest nr. 1398/2014 van de Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

¹⁹ Hoogste bestuursrechter.

²⁰ RTI behoort tot het Mediaset-concern.

V. Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

26. Overeenkomstig artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof²¹ moet het verzoek om een prejudiciële beslissing naast de prejudiciële vraag ook de vereiste gegevens bevatten betreffende het feitelijke en juridische kader van het hoofdgeding. De verwijzende rechter dient verder aan te geven welk verband bestaat tussen de uit te leggen Unierechtelijke bepalingen en het hoofdgeding alsmede de redenen uiteen te zetten die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht om zich over de uitlegging of de geldigheid van deze bepalingen vragen te stellen. Volgens de rechtspraak zijn de gegevens betreffende het feitelijke en juridische kader in het bijzonder in mededingingsrechtelijke procedures van belang.²²

1. Primairrechtelijke bepalingen zijn niet relevant voor de te geven beslissing

27. Zoals RTI en de Italiaanse regering terecht stellen, bevat het verzoek om een prejudiciële beslissing in het onderhavige geval geen enkele toelichting in hoeverre de primairrechtelijke bepalingen van de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU voor de beslechting van het hoofdgeding relevant zouden zijn.

28. Met name met betrekking tot artikel 56 VWEU moet worden opgemerkt dat alle elementen van het hoofdgeding binnen één enkele lidstaat gesitueerd zijn en dat de verwijzende rechter in het onderhavige geval – anders dan destijds in de zaak *Centro Europa 7* – geen beroep zou kunnen doen op het in de Italiaanse grondwet opgenomen verbod op discriminatie van eigen onderdanen.²³ Dientengevolge is niet duidelijk in hoeverre het Hof met de gevraagde uitlegging van artikel 56 VWEU een bijdrage aan de beslechting van het hoofdgeding kan leveren.

29. Betreffende de mededingingsrechtelijke bepalingen van de artikelen 101, 102 en 106 VWEU volstaat de opmerking dat deze betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen, terwijl in het onderhavige geval de handelwijze van overheidsinstanties bij de toewijzing van televisiefrequenties ter discussie staat. Artikel 102, eerste alinea, VWEU juncto artikel 106, lid 1, VWEU verbiedt de lidstaten weliswaar een situatie te creëren waarin het bepaalde ondernemingen – in casu Rai en Mediaset – gemakkelijk wordt gemaakt van hun vermeend bestaande collectieve machtspositie op de markt misbruik te maken.²⁴ Het zou echter te ver voeren om alleen wegens de mogelijkerwijs onjuiste handelwijze van de Italiaanse nationale instanties bij de toewijzing van de digitale televisiefrequenties, een met de mededinging strijdig gedrag van Rai en Mediaset als waarschijnlijk of zelfs onvermijdelijk te beschouwen.

30. Voor zover de verwijzende rechter slechts de *mededinging* in het algemeen aan de orde wilde stellen, kan het Hof daarop in het kader van zijn onderzoek van de drie richtlijnen 2002/20, 2002/21 en 2002/77 genoegzaam ingaan; een afzonderlijke uitlegging van de artikelen 101, 102 en 106 VWEU is daartoe niet nodig.

21 Het vereiste om artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering in acht te nemen, wordt door het Hof benadrukt in bijvoorbeeld de beschikking van 12 mei 2016, *Security Service e.a.* (C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, punt 18). Reeds eerder zijn in vaste rechtspraak inhoudelijk overeenstemmende ontvankelijkheidsvereisten voor verzoeken om een prejudiciële beslissing geformuleerd; zie onder meer arresten van 24 april 2012, *Kamberaj* (C-571/10, EU:C:2012:233, punt 42), en 21 december 2016, *Vervloet e.a.* (C-76/15, EU:C:2016:975, punten 56 en 57).

22 Zie in deze zin beschikking van 8 oktober 2002, *Viacom* (C-190/02, EU:C:2002:569, punten 21 en 22), en arresten van 26 januari 1993, *Telemarscabruzzo e.a.* (C-320/90–C-322/90, EU:C:1993:26, punt 7); 31 januari 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, punt 58); 21 november 2013, *Deutsche Lufthansa* (C-284/12, EU:C:2013:755, punt 20), en 13 februari 2014, *Airport Shuttle Express e.a.* (C-162/12 en C-163/12, EU:C:2014:74, punt 38).

23 Arrest van 31 januari 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, punten 64-71, met name punt 69).

24 In deze zin arresten van 18 juni 1991, *ERT* (C-260/89, EU:C:1991:254, punt 37); 31 januari 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, punt 60), en 1 juli 2008, *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376, punt 50); zie ook mijn conclusie in de zaak *Taricco e.a.* (C-105/14, EU:C:2015:293, punt 60).

31. Bijgevolg moeten de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover zij zijn gericht op de uitlegging van de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU.

2. Relevantie van de prejudiciële vragen met betrekking tot Persidera

32. De Italiaanse regering is verder van mening dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet relevant is omdat Persidera intussen toch al het maximale aantal van vijf multiplexen met uitzendfrequenties voor digitale televisie heeft bereikt.

33. Het is juist dat een verzoek om een prejudiciële beslissing als niet-ontvankelijk moet worden beschouwd, wanneer vaststaat dat het hoofdgeding zonder voorwerp is geraakt.²⁵ In het onderhavige geval zijn daarvoor echter niet voldoende aanknopingspunten en is al helemaal niet duidelijk dat zulks het geval zou zijn. Uit het dossier blijkt daarentegen dat Persidera bij de nationale bestuursrechters niet alleen de toewijzing van een extra digitale multiplex vordert, maar eveneens een schadevergoeding. Aangezien niet is uitgesloten dat aan de onderneming een schadevergoeding kan worden toegekend wegens onrechtmatig handelen van de Italiaanse instanties in het verleden, blijft het wat dat betreft bij het vermoeden van relevantie van de prejudiciële vragen.²⁶

34. Tegen deze achtergrond moet de desbetreffende tegenwerping van de Italiaanse regering worden afgewezen.

3. Toereikende gegevens betreffende de gestelde illegaliteit van twee televisiezenders

35. Ten slotte moet nog worden besproken of het verzoek om een prejudiciële beslissing mogelijkwijs niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat het te weinig toelichting bevat met betrekking tot de door Persidera gestelde illegale exploitatie van twee televisiezenders van haar concurrenten. Deze illegaliteit vormt de premisse waarop het gehele verzoek om een prejudiciële beslissing berust: zowel de eerste alsook de tweede prejudiciële vraag knoopt daar uitdrukkelijk bij aan.

36. Erkend moet worden dat de verwijzingsbeslissing van de Consiglio di Stato op dit punt geen schoolvoorbeeld is van duidelijkheid en precisie. Het zou wenselijk geweest zijn dat in de verwijzingsbeslissing concreter en meer gestructureerd zou zijn meegedeeld waaruit de gestelde illegaliteit precies blijkt en welke gevolgen dat heeft. Daarover bevat de verwijzingsbeslissing echter alleen zeer schaarse feitelijke en juridische gegevens.

37. Desalniettemin ben ik van mening dat het verzoek om een prejudiciële beslissing – ondanks de onbetwistbare gebreken ervan – voldoende duidelijk tot uitdrukking brengt welke soort illegaliteit wordt bedoeld. Het gaat hier, zoals reeds uit de bewoordingen van beide prejudiciële vragen blijkt, om een gestelde „strijd met de concentratiegrenzen voorgeschreven door nationale regelingen” en dat daarom de genoemde televisiezenders „zonder vergunning zijn geëxploiteerd”.

²⁵ Arresten van 20 januari 2005, García Blanco (C-225/02, EU:C:2005:34), en 24 oktober 2013, Stoilov i Ko (C-180/12, EU:C:2013:693), evenals beschikking van 14 oktober 2010, Reinke (C-336/08, EU:C:2010:604).

²⁶ Arresten van 7 september 1999, Beck en Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, punt 22); 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 25); 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punt 20), en 21 december 2016, Vervloet e.a. (C-76/15, EU:C:2016:975, punt 57).

38. Zoals overigens uit het dossier blijkt, gaat het bij beide vermeend onrechtmatig geëxploiteerde televisiezenders enerzijds om kanaal „RAI 3” van het televisiestaatsbedrijf Rai en anderzijds om kanaal „Rete 4” van het private Mediaset-concern. Persidera stelt in wezen dat de inaanmerkingneming van deze beide kanalen bij de overgang van analoge naar digitale televisie zou hebben geleid tot een ongerechtvaardigde bevoordeling van Rai en Mediaset ten opzichte van hun kleinere concurrenten. Rai en Mediaset zouden op deze wijze meer digitale frequenties in de vorm van multiplexen hebben ontvangen dan hun eigenlijk toekwamen.

39. Daarmee beschikt het Hof op dit punt over voldoende gegevens voor een ter zake dienende beantwoording van de prejudiciële vragen. Dat bewijzen niet op de laatste plaats ook de opmerkingen welke de talrijke deelnemers aan de procedure in het onderhavige geval bij het Hof hebben ingediend.²⁷

40. Bijgevolg moet het verzoek om een prejudiciële beslissing vanuit het gezichtspunt van de gestelde illegaliteit van twee televisiezenders, als ontvankelijk worden beschouwd.

41. Daaraan verandert ook de omstandigheid niets, welke meerdere deelnemers aan de procedure – met name Rai, RTI en de Italiaanse regering – nadrukkelijk aanvoeren, dat er met betrekking tot „RAI 3” en „Rete 4” in feite helemaal geen sprake is van illegaliteit. Want volgens vaste rechtspraak²⁸ dient het Hof zich met betrekking tot de voor het hoofdgeding relevante situatie, feitelijk en rechtens, alleen aan de beschrijving van de verwijzende rechter te houden, waarvan hij de juistheid niet onderzoekt²⁹, ook al wordt deze door bepaalde deelnemers aan de procedure – in casu Rai, RTI en Italië – in twijfel getrokken.

4. Voorlopige conclusie

42. Alles in overweging genomen is derhalve het verzoek om een prejudiciële beslissing slechts niet-ontvankelijk voor zover het betrekking heeft op de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU. Voor het overige moet het daarentegen als ontvankelijk worden beschouwd.

B. Inhoudelijke beoordeling van de prejudiciële vragen

43. Zowel de feiten van het hoofdgeding als het toepasselijke recht kenmerken zich door een aanzienlijke ingewikkeldheid. Helaas konden noch de uiteenzettingen van de verwijzende rechter, noch die van de deelnemers aan de procedure licht in de duisternis brengen. Zij hebben er eerder toe bijgedragen het geval onnodig gecompliceerd te maken en de blik op de kern van de zaak te belemmeren.

44. De onderhavige procedure moet, zoals ik reeds heb vermeld, worden gezien tegen de achtergrond van de overgang van analoge naar digitale televisie in Italië en belicht in juridisch opzicht een deel van deze overgang: het gaat uitsluitend om de berekening van het aantal digitale uitzendfrequenties die de reeds eerder op de analoge televisiemarkt actieve netwerkexploitanten konden worden toegewezen. In welke mate mocht bij de berekening van deze toe te wijzen digitale frequenties het aantal analoge televisieprogramma's in aanmerking worden genomen, dat tot dusver door de desbetreffende

²⁷ Zie in dezelfde zin, onder meer, arrest van 18 oktober 2011, Boxus e.a. (C-128/09–C-131/09, C-134/09 en C-135/09, EU:C:2011:667, punt 27).

²⁸ Zie onder meer arresten van 25 januari 2011, Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, punt 41), en 6 oktober 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, punt 13).

²⁹ Vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld arresten van 13 oktober 2016, Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, punt 16), en 31 januari 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, punt 56).

ondernemingen werd uitgezonden? Mochten vermeend illegaal geëxploiteerde analoge televisiekanalen worden meegenomen in de berekening (eerste prejudiciële vraag), en mocht deze berekening in rekenkundig opzicht tot verschillende omschakelingsverhoudingen per netwerkexploitant leiden (tweede prejudiciële vraag)?

45. Mijns inziens zijn beide door de Consiglio di Stato gestelde vragen zo nauw met elkaar verbonden, dat het voor de hand ligt ze gezamenlijk te bespreken.

1. Toepasselijke voorschriften en beginselen van het recht van de Unie

46. Voor de beantwoording van beide vragen zijn in de eerste plaats verschillende bepalingen van afgeleid recht van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader toepasselijk, met name de artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20 en de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77. Al deze bepalingen brengen gemeenschappelijk tot uitdrukking dat de lidstaten bij de frequentietoewijzing over een zekere handelingsvrijheid beschikken, waarvan zij evenwel met inachtneming van de algemene beginselen van het recht van de Unie van non-discriminatie, transparantie en evenredigheid gebruik moeten maken, waarbij zij ook moeten zorgen voor een doelmatig beheer en gebruik van de frequenties en naar behoren rekening moeten houden met de mededinging en het pluralisme van de media.

47. De genoemde bepalingen en beginselen moeten niet alleen bij de allereerste frequentietoewijzing in acht worden genomen, maar ook bij elke volgende frequentietoewijzing – derhalve bijvoorbeeld bij de in casu aan de orde zijnde overgang van analoge naar digitale frequenties.³⁰ Want in de eerste plaats is het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader toepasselijk op alle handelingen die tot een frequentietoewijzing leiden³¹; anders zou het Unierechtelijk vastgestelde doel om permanent een situatie te creëren die voldoet aan de vereisten van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader, niet kunnen worden bereikt. In de tweede plaats heeft met name de overgang naar de nieuwe technologie van de digitale televisie in feite tot de allereerste toewijzing van deze nieuwe soort uitzendfrequenties geleid.

48. In het onderhavige geval was duidelijk en begrijpelijk volgens welke methode de omschakeling van de tot dusver gebruikte analoge televisiefrequenties naar digitale in Italië werd uitgevoerd. Dienovereenkomstig ligt het probleem niet zozeer bij bijvoorbeeld een gebrek aan transparantie bij het verloop van de omschakeling. Persidera voelt zich veeleer op grond van de door de nationale instanties in Italië gekozen *omschakelingsmethode* ten opzichte van haar grotere concurrenten – met name ten opzichte van Rai en Mediaset – *benadeeld*. Het geschil draait derhalve uiteindelijk om het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie³², bij de toepassing waarvan natuurlijk ook de andere beginselen waarop het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader berust en de evenredigheid, een belangrijke rol spelen.

³⁰ Zie in die zin arrest van 21 maart 2013, Belgacom e.a. (C-375/11, EU:C:2013:185, punten 37-39), inzake de toepassing van richtlijn 2002/20 op de verlenging van reeds verleende gebruiksrechten voor radiofrequenties.

³¹ Daarop wordt bijvoorbeeld gezinspeeld in artikel 7, lid 2, van richtlijn 2002/20, waar sprake is van het verlenen van „meer” gebruiksrechten voor radiofrequenties.

³² Zie aangaande dat begrip bijvoorbeeld arrest van 12 september 2006, Eman en Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, punt 57); hierna zal ik eenvoudigheidshalve algemeen over het beginsel van gelijke behandeling spreken.

49. Zoals alle algemene beginselen van het recht van de Unie, moeten de lidstaten zowel het beginsel van gelijke behandeling als het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen bij de uitvoering van het recht van de Unie.³³ De lidstaten mogen zich niet baseren op een uitlegging van de toepasselijke richtlijnen die zou indruisen tegen algemene beginselen van het recht van de Unie.³⁴ Het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader herinnert overigens op het niveau van het afgeleid recht eveneens aan deze primairrechtelijke verplichting en preciseert deze met name in artikel 8, lid 1, artikel 9, lid 1, tweede volzin, en in overweging 19 van richtlijn 2002/21, verder in artikel 5, lid 2, tweede alinea, en in artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/20, en ten slotte in artikel 2, lid 4, en in artikel 4, punt 2, van richtlijn 2002/77³⁵.

2. Het beginsel van gelijke behandeling

50. Het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling, dat inmiddels ook in de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten is verankerd, houdt volgens vaste rechtspraak in dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk mogen worden behandeld.³⁶

a) Ongelijke behandeling

51. De vergelijkbaarheid van situaties moet met name worden beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de desbetreffende maatregel. Daarbij moet rekening worden gehouden met de beginselen en doelstellingen van het gebied waaronder de betrokken handeling valt.³⁷

52. In het onderhavige geval dient derhalve de situatie van Rai, Mediaset en Persidera te worden onderzocht met het oog op de toewijzing van de acht multiplexen, die in de eerste groep van digitale televisiefrequenties waren toe te wijzen.³⁸ Deze frequenties dienden, zoals ik reeds heb vermeld, de continuïteit van het televisieaanbod te waarborgen en konden uitsluitend worden toegewezen aan netwerkexploitanten die reeds tevoren analoge televisiezenders exploiteerden.

53. Met name met betrekking tot de toewijzing van deze acht multiplexen en de daarmee nagestreefde doelstellingen, bevonden Rai, Mediaset en Persidera zich, voor zover duidelijk, in een absoluut vergelijkbare situatie: alle drie de ondernemingen hadden immers tot dusver in Italië reeds analoge televisiezenders geëxploiteerd. Derhalve kon elk van deze ondernemingen volgens het voor Italië opgestelde frequentietoewijzingsplan aanspraak maken op digitale frequenties uit de eerste groep van acht multiplexen, waardoor zij hun desbetreffende televisieprogramma's zouden kunnen voortzetten.

33 Zie, van fundamenteel belang voor de relevantie van de algemene beginselen van het recht van de Unie, arresten van 10 maart 2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, punt 45, tweede volzin), en 26 april 2005, „Goed Wonen” (C-376/02, EU:C:2005:251, punt 32); met name betreffende het beginsel van gelijke behandeling, arrest van 11 juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, punt 56, eerste en tweede volzin), alsmede betreffende het evenredigheidsbeginsel, arresten van 10 maart 2005, Tempelman en Van Schaijk (C-96/03 en C-97/03, EU:C:2005:145, punt 46), en 9 maart 2010, ERG e.a. (C-379/08 en C-380/08, EU:C:2010:127, punt 86).

34 Arresten van 6 november 2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, punt 87); 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a. (C-305/05, EU:C:2007:383, punt 28, tweede volzin), 21 december 2011, NS (C-411/10 en C-493/10, EU:C:2011:865, punt 77), en 19 september 2013, Heroverweging Commissie/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punt 40).

35 Artikel 2, lid 4, en artikel 4, punt 2, van richtlijn 2002/77 spreken van „evenredige” criteria, wat echter niets anders dan een verwijzing naar het evenredigheidsbeginsel vormt.

36 Arresten van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punt 23); 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punten 54 en 55), en 21 december 2016, Vervloet e.a. (C-76/15, EU:C:2016:975, punt 74).

37 Arresten van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punten 25 en 26); 1 maart 2011, Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop e.a. (C-236/09, EU:C:2011:100, punt 29); 11 juli 2013, Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 167), en 6 november 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, punt 51).

38 Zie daartoe hierboven, punt 19 van deze conclusie.

54. Er is in dit verband *formeel* gezien zeker geen sprake van een ongelijke behandeling tussen Rai, Mediaset en Persidera. Integendeel, op alle bestaande exploitanten van analoge televisiezenders in Italië werd dezelfde omschakelingsmethode toegepast. Volgens deze methode verkregen alle netwerkexploitanten die tot dusver reeds analoge televisie hadden aangeboden, ten minste één digitale multiplex en degenen van hen die tot dusver over meerdere analoge televisiezenders beschikten, verkregen telkens een digitale multiplex minder dan eigenlijk overeenkwam met het aantal van hun analoge zenders.

55. Het beginsel van gelijke behandeling omvat echter niet alleen formele (directe, rechtstreekse) ongelijke behandelingen, maar eveneens *materiële* (indirecte, verkapte) ongelijke behandelingen, waarbij de toepassing van een schijnbaar neutraal criterium in feite in het bijzonder nadelige gevolgen heeft voor een bepaalde betrokkene of een bepaalde groep betrokkenen.³⁹

56. In het onderhavige geval had de genoemde omschakelingsmethode in het bijzonder nadelige gevolgen voor Persidera (voorheen TIMB), die in tegenstelling tot de beide grote netwerkexploitanten Rai en Mediaset tot dusver niet drie, maar enkel twee analoge televisiezenders in het programma had. Terwijl immers voor Rai en Mediaset een omschakelingsverhouding van elk 66,67 % resulteerde (voor telkens drie analoge televisiezenders werden hun ieder twee digitale multiplexen toegewezen), bedroeg de omschakelingsverhouding in het geval van Persidera – voorheen TIMB – slechts 50 % (voor haar twee analoge televisiezenders werd TIMB één enkele digitale multiplex toegewezen).

57. Daarmee leidde de door Italië gekozen methode voor de omschakeling van bestaande analoge naar nieuwe digitale zendfrequenties weliswaar niet met betrekking tot de *omschakelingsmethode*, echter wel met betrekking tot het bereikte *omschakelingsresultaat* tot een evidente ongelijke behandeling van Persidera ten opzichte van haar beide grotere concurrenten Rai en Mediaset.

b) Rechtvaardiging

58. Het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader staat uitdrukkelijk toe dat de nationale autoriteiten in het kader van de toewijzing en het gebruik van frequenties maatregelen treffen waarmee doelstellingen van algemeen belang worden nagestreefd (zie met name artikel 9, lid 1, tweede alinea, en lid 4, tweede alinea, van richtlijn 2002/21, evenals artikel 5, lid 1, tweede volzin, laatste streepje, en lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2002/20).⁴⁰

59. In de procedure voor het Hof zijn in wezen twee rechtvaardigingsgronden voor de beschreven ongelijke behandeling aangevoerd: in de eerste plaats heeft de Italiaanse staat de continuïteit van het televisieaanbod willen waarborgen.⁴¹ In de tweede plaats is het onmogelijk gebleken voor iedere netwerkexploitant de exact identieke omschakelingsverhouding te bereiken, aangezien gelet op de ondeelbaarheid van de frequenties aan geen onderneming een breukdeel van een multiplex had kunnen worden toegewezen. Ik zal beide doelstellingen hierna afzonderlijk bespreken en toetsen of de voor het bereiken van deze doelstellingen getroffen maatregelen evenredig zijn.

³⁹ Aldus bijvoorbeeld, vanuit het perspectief van het verbod op discriminatie in het kader van het vrij verkeer van werknemers, arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 49). Zie betreffende het begrippenpaar formele en materiële discriminatie ter aanvulling eveneens de conclusie van advocaat-generaal Lagrange in de zaak Italië/Commissie (13/63, EU:C:1963:9) en van advocaat-generaal VerLoren van Themaat in de gevoegde zaken Seco en Desquenne & Giral (62/81 en 63/81, EU:C:1981:305).

⁴⁰ Zie bovendien overweging 36 van richtlijn 2009/140.

⁴¹ Rai wijst verder op haar bijzondere verplichting diensten van algemeen belang te verrichten. Dat aspect wordt echter door de verwijzende rechter niet uitdrukkelijk aan de orde gesteld, en daarom bespreek ik het hierna ook niet uitvoerig. Ik beperk mij hier tot de verwijzing dat mijn uiteenzetting betreffende het waarborgen van de continuïteit van het televisieaanbod, met name die betreffende de evenredigheid, ook toepasselijk is op de toewijzing van frequenties met het doel diensten van algemeen belang te waarborgen.

60. Volgens het evenredigheidsbeginsel, dat tot de algemene beginselen van het recht van de Unie behoort, mogen de getroffen maatregelen niet buiten de grenzen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de rechtmatige doelstellingen van de betrokken regeling, met dien verstande dat, wanneer een keuze tussen meerdere geschikte maatregelen mogelijk is, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel.⁴²

61. Een stuk eleganter, maar inhoudelijk volkomen hetzelfde is bijvoorbeeld de formulering in de vaste rechtspraak van de Franse rechterlijke instanties, volgens welke een maatregel „voor het daarmee nagestreefde doel geschikt en noodzakelijk alsook aan dit doel evenredig” moet zijn.⁴³ Even pregnant is de in de Duitse rechtspraak ontwikkelde formule, die vereist dat een inbreuk op een grondrecht „een legitiem doel dient en een geschikt, noodzakelijk en passend middel vormt om dit doel te bereiken”.⁴⁴

62. Aangezien in het onderhavige geval met de vrijheid en het pluralisme van de media, een van de fundamentele waarden voor het samenleven in een democratische maatschappij is geraakt (zie eveneens artikel 11, lid 2, van het Handvest van de grondrechten), moeten bij de toetsing van de evenredigheid strenge maatstaven worden aangelegd.⁴⁵ Een ongelijke behandeling kan derhalve alleen worden aanvaard wanneer deze noodzakelijk is om doelstellingen van algemeen belang coherent en systematisch te bereiken.

i) Waarborgen van de continuïteit van het televisieaanbod

63. Wat om te beginnen het waarborgen van de continuïteit van het televisieaanbod betreft, gaat het om een legitiem belang waarop de nationale autoriteiten zich bij de opstelling van hun frequentietoewijzingsplan mochten baseren.

64. De genoemde continuïteit dient met name de bescherming van de consument, die onder andere in overweging 6 van richtlijn 2002/21 op een prominente plaats wordt vermeld en daarenboven wordt weerspiegeld in de eis „de voordelen voor de gebruikers te maximaliseren” [artikel 7, lid 1, onder a), van richtlijn 2002/20]. De verbruikers wordt op deze wijze de uitoefening van hun grondrecht op vrijheid van informatie (artikel 11, lid 1, tweede volzin, van het Handvest van de grondrechten), maar eveneens de bevrediging van hun culturele behoeften vergemakkelijkt, wanneer hun ondanks de overgang van analoge naar digitale televisie nog steeds hun vertrouwde televisiezenders ter beschikking staan.

65. Het zal beslist bevorderlijk zijn voor deze continuïteit van het televisieaanbod, wanneer de bevoegde nationale autoriteiten een groep digitale multiplexen voorbehouden aan de netwerkexploitanten die tot dusver reeds analoge televisiezenders hadden, en ieder van hen in het vooruitzicht stellen dat hij voldoende digitale frequenties zal verkrijgen om zijn bestaande analoge aanbod in digitale vorm voort te zetten.

42 Arresten van 11 juli 1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, punt 21); 3 juli 2003, Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, punt 76), en 10 maart 2005, Tempelman en Van Schaijk (C-96/03 en C-97/03, EU:C:2005:145, punt 47); in dezelfde zin arresten van 9 maart 2010, ERG e.a. (C-379/08 en C-380/08, EU:C:2010:127, punt 86), en 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, EU:C:2015:4, punten 67 en 91).

43 In het Franse origineel luidt het als volgt: „adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit”; zie bijvoorbeeld Conseil constitutionnel (grondwettelijk hof, Frankrijk), beslissing nr. 2015-527 QPC van 22 december 2015 (FR:CC:2015:2015.527.QPC, punten 4 en 12) en beslissing nr. 2016-536 QPC van 19 februari 2016 (FR:CC:2016:2016.536.QPC, punten 3 en 10); zie in die zin ook Conseil d'État (hoogste bestuursrechter, Frankrijk), arrest nr. 317827 van 26 oktober 2011 (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

44 Zie dienaangaande bijvoorbeeld de recente rechtspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht (grondwettelijk Hof, Duitsland), onder meer BVerfGE 120, 274, 318 e.v. (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, punt 218). „Passend” is in dit verband een synoniem van „evenredig in engere zin”.

45 In deze zin arrest van 8 april 2014, Digital Rights Ireland e.a. (C-293/12 en C-594/12, EU:C:2014:238, punt 47), waar het Hof benadrukt dat de omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever afhankelijk van een aantal factoren beperkt kan zijn, waaronder met name het betrokken domein, de aard van het door het Handvest gewaarborgde recht dat aan de orde is, alsook de aard, de ernst en het doel van de inmenging.

66. Volgens vaste rechtspraak is een maatregel echter slechts geschikt om de verwezenlijking van het aangevoerde doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking van dat doel werkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd.⁴⁶

67. Wanneer in het hoofdgeding op grond van de – eventueel nog vast te stellen – constatering van de verwijzende rechter zou blijken dat Rai en Mediaset met de toewijzing van telkens drie multiplexen zijn overbedeeld, omdat zij meer digitale frequenties hebben verkregen dan voor de voortzetting van hun bestaande analoge televisiezenders noodzakelijk zou zijn geweest⁴⁷, terwijl Persidera minder digitale frequenties dan noodzakelijk heeft verkregen of in ieder geval niet met dezelfde generositeit is bedeed, dan zou de door de Italiaanse autoriteiten toegepaste omschakelingsmethode niet coherent zijn en zou deze dus een evenredigheidstoets niet kunnen doorstaan.

68. Daarenboven zou een overbedeling van de beide marktleiders RAI en Mediaset in strijd zijn met de mededinging. Tot de fundamentele desiderata van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader behoort immers de bevordering van de mededinging [zie met name artikel 7, lid 1, onder a), van richtlijn 2002/20 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2002/21]⁴⁸ en het voorkomen van verstoringen daarvan op het gebied van de elektronische communicatienetwerken en -diensten [zie met name artikel 5, lid 6, van richtlijn 2002/20 en artikel 8, lid 2, onder b), van richtlijn 2002/21], gepaard aan inspanningen ter bevordering van het pluralisme van de media [zie daartoe artikel 8, lid 1, derde alinea, artikel 9, lid 4, tweede alinea, onder d), en overweging 6 van richtlijn 2002/21, alsmede artikel 11, lid 2, van het Handvest van de grondrechten]. De mededinging en het pluralisme van de media weerspiegelen zich heel concreet in de door het recht van de Unie gewaarborgde vrijheid om elektronische communicatienetwerken en -diensten aan te bieden (artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/20 en artikel 2, lid 2, van richtlijn 2002/77). In dat verband zijn de nationale regelgevende instanties nadrukkelijk verplicht ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt verstoord als gevolg van een accumulatie van gebruiksrechten voor radiofrequenties (artikel 5, lid 6, tweede volzin, van richtlijn 2002/20), en kunnen zij maatregelen treffen tegen het hamsteren van spectrum (artikel 9, lid 7, van richtlijn 2002/21).

69. Wanneer echter de twee met afstand grootste, op de Italiaanse televisiemarkt actieve ondernemingen – Rai en Mediaset – meer digitale multiplexen zouden worden toegewezen dan voor de voortzetting van hun bestaande analoge televisieprogramma's noodzakelijk zou zijn, dan kan een dergelijke overbedeling tot een accumulatie van frequenties in de handen van beide marktleiders leiden en hun toch al aanzienlijke concurrentiepositie ten opzichte van hun kleinere concurrenten verder versterken⁴⁹, wat de keuzemogelijkheden van de gebruikers trendmatig beperkt en uiteindelijk ook leidt tot aantasting van het pluralisme van de media.

46 Arresten van 10 maart 2009, Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141, punt 55); 17 november 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, punt 42), en 13 juli 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, punt 34). Deze rechtspraak betreffende de grondrechten moet ook voor het als afgeleid recht geregelde nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader gelden, temeer daar dat onder andere dient ter verwezenlijking van de fundamentele vrijheden.

47 Zowel tijdens de schriftelijke als de mondelinge behandeling voor het Hof hebben meerdere deelnemers aan de procedure opgemerkt dat digitale frequenties meerdere televisieprogramma's tegelijk kunnen worden uitgezonden. Er was sprake van het gebruik van een digitale multiplex voor vier, en zelfs zes van dergelijke programma's, afhankelijk van de uitzendkwaliteit. Daarmee dringt zich de vraag op of niet reeds de toewijzing van telkens één enkele digitale multiplex zou hebben volstaan om RAI en Mediaset de voortzetting van hun bestaande televisieaanbod mogelijk te maken, dat volgens de inlichtingen van de deelnemers aan de procedure telkens drie analoge zenders omvatte. RAI en Mediaset hebben zich tijdens de mondelinge behandeling tegen een dergelijke benaderingswijze verweerd. Het zal uiteindelijk de taak van de verwijzende rechter zijn met betrekking tot deze problematiek alle noodzakelijke feiten vast te stellen en daaruit de vereiste conclusies te trekken. Daarbij zal hij in aanmerking moeten nemen dat de in casu aan de orde zijnde digitale frequenties van de eerste groep alleen zouden moeten dienen ter *voortzetting* en bijvoorbeeld niet voor de *uitbreiding* of de *wezenlijke verbetering* van het bestaande televisieaanbod (afgezien van de verbetering die reeds uit de omschakeling naar digitale uitzending kan voortvloeien).

48 Zie eveneens arrest van 23 april 2015, Commissie/Bulgarije (C-376/13, EU:C:2015:266, punt 69).

49 Zie daartoe eveneens arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punten 98 en 99), waarin het Hof benadrukt dat maatregelen die leiden tot verstarring van de structuur van de nationale markt en tot bescherming van de positie van nationale exploitanten die reeds actief waren op de genoemde markt, onverenigbaar zijn met de richtlijnen van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader.

70. De mededinging zou bijzonder ernstig zijn geschonden wanneer de in de verwijzingsbeslissing uitdrukkelijk vermelde veronderstelling van de Consiglio di Stato waar zou blijken te zijn, dat bij de omschakeling van analoge naar digitale frequenties ten gunste van RAI en Mediaset ook twee illegaal geëxploiteerde televisiezenders – „RAI 3” en „Rete 4” – in aanmerking zijn genomen.⁵⁰ In dat geval zouden RAI en Mediaset, als de twee Italiaanse marktleiders, hun bijzonder gunstige omschakelingsverhouding van 66,67 % (telkens twee digitale multiplexen voor elk drie analoge televisiezenders) uiteindelijk aan een onwettige handelwijze te danken hebben. Een dergelijke voorsprong, die uiteindelijk slechts op de voortzetting van een onwettige situatie zou berusten, zou echter als strijdig met de mededinging moeten worden beschouwd.

71. Zowel een mogelijke overbedeling van Rai en Mediaset met digitale frequenties als het mogelijk in aanmerking nemen van illegaal geëxploiteerde televisiezenders bij de omschakeling van analoge naar digitale frequenties zou lijnrecht indruisen tegen de door de wetgever van de Unie gestelde doelstelling inzake de bevordering van de mededinging op het gebied van de elektronische communicatienetwerken en -diensten en de versterking van het pluralisme van de media.

72. Onder dergelijke omstandigheden zou het waarborgen van de continuïteit van de televisieprogramma's niet als rechtvaardigingsgrond kunnen worden aangevoerd voor de ongelijke behandeling van Rai en Mediaset enerzijds en Persidera anderzijds.

ii) Behoud van de ondeelbaarheid van de frequenties

73. Wat vervolgens de ondeelbaarheid van de frequenties betreft, gaat het om een situationeel bepaalde noodzaak, die op grond van de aard van de zaak eveneens in aanmerking kon en diende genomen te worden, toen het oude systeem van analoge zendfrequenties naar het nieuwe systeem van digitale frequenties werd omgezet. Uiteindelijk vormt het voorkomen van breukdelen bij de frequentietoewijzing een deelaspect van het efficiënt beheer en gebruik van televisiefrequenties, dat de lidstaten overeenkomstig artikel 8, lid 2, onder d), en artikel 9, lid 1, en lid 4, tweede alinea, onder c), van richtlijn 2002/21, alsook overeenkomstig artikel 5, lid 2, eerste alinea, lid 5 en lid 6, eerste volzin, van richtlijn 2002/20 moeten nastreven en waarborgen.

74. Zonder twijfel was de toewijzing van telkens een derde digitale multiplex aan Rai en aan Mediaset geschikt om de acht ter beschikking staande multiplexen van de eerste groep met behoud van hun ondeelbaarheid en zonder het ontstaan van breukdelen over alle rechthebbende netwerkexploitanten te verdelen.

75. De genoemde toewijzing van telkens een derde digitale multiplex aan Rai en Mediaset was echter niet de enige mogelijkheid om de ondeelbaarheid van de frequenties te behouden. Veeleer had met die doelstelling ook rekening kunnen worden gehouden door andere handelwijzen met minder nadelige gevolgen voor de mededinging.

76. Met name hadden de Italiaanse autoriteiten mogelijke overtollige multiplexen uit de eerste groep⁵¹ volgens objectieve criteria aan deze of gene netwerkexploitant kunnen toewijzen die deze frequenties met het oog op een versterking van de mededinging en ter voortzetting van hun bestaande analoge televisieprogramma's het beste kon gebruiken. Het staat geenszins vast dat dat de twee marktleiders RAI en Mediaset zouden zijn geweest.

⁵⁰ Het behoort niet tot de taken van het Hof om in een prejudiciële procedure te beoordelen of de televisiezenders „RAI 3” en „Rete 4” werkelijk illegaal worden of werden geëxploiteerd. In het kader van de onderhavige prejudiciële procedure moet het Hof echter uitgaan van de door de Consiglio di Stato geformuleerde veronderstelling en deze aan zijn beoordeling ten grondslag leggen.

⁵¹ Zie daartoe nogmaals hierboven, voetnoot 19 van deze conclusie.

77. Als alternatief hadden de Italiaanse autoriteiten eventueel – en onder voorbehoud van nadere constatering door de verwijzende rechter – de overtollige multiplexen uit de eerste groep aan meerdere netwerkexploitanten voor gemeenschappelijk gebruik kunnen toewijzen, met dien verstande dat elk van deze netwerkexploitanten op de daardoor omvatte digitale frequenties op bepaalde, vooraf vastgestelde dagen van de week of op bepaalde, vooraf vastgestelde tijden van de dag een beroep zou mogen doen voor de uitzending van zijn televisieprogramma's.

78. Met het oog op de gelijkkluidende verklaringen van de deelnemers aan de procedure dat elke digitale multiplex uitzending van meerdere televisieprogramma's mogelijk maakt, zal de verwijzende rechter bovendien moeten nagaan of er geen mogelijkheid zou kunnen bestaan om voor meerdere televisieprogramma's van verschillende dienstverrichters een en dezelfde multiplex te gebruiken.

79. In elk geval moet worden vastgesteld dat het behoud van de ondeelbaarheid van de frequenties niet volstaat ter rechtvaardiging van een ongelijke behandeling zoals de in casu aan de orde zijnde van Rai en Mediaset enerzijds en Persidera anderzijds.

VI. Conclusie

80. Tegen de achtergrond van het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging op het verzoek van de Consiglio di Stato om een prejudiciële beslissing, te antwoorden als volgt:

„De artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG en de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG staan in de weg aan een nationale methode voor de toewijzing van digitale televisiefrequenties, die tot gevolg heeft dat beide marktleiders in verhouding tot het aantal van hun bestaande analoge televisiezenders meer digitale frequenties verkrijgen dan hun kleinere concurrenten, tenzij een dergelijke handelwijze gerechtvaardigd zou zijn ter verwezenlijking van legitieme doelstellingen van algemeen belang.

Tot deze legitieme doelstellingen behoort het waarborgen van de continuïteit van het televisieprogramma en het behoud van de ondeelbaarheid van televisiefrequenties. Een op deze doelstellingen gebaseerde ongelijke behandeling van netwerkexploitanten moet echter strikt in het kader blijven van hetgeen met inaanmerkingneming van de mededinging en het pluralisme van de media, die aan de drie richtlijnen ten grondslag liggen, noodzakelijk is om de genoemde doelstellingen coherent en systematisch te bereiken.

De mededinging wordt bijzonder ernstig veronachtzaamd wanneer de nationale methode voor de toewijzing van digitale televisiefrequenties de twee marktleiders, door de inaanmerkingneming van tot dusver illegaal geëxploiteerde televisiezenders, meer digitale frequenties zou opleveren dan hun kleinere concurrenten.”