



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

3 september 2020*

„Prejudiciële verwijzing – Elektronische communicatie – Artikel 11, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Vrijheid en pluriformiteit van de media – Vrijheid van vestiging – Artikel 49 VWEU – Richtlijn 2002/21/EG – Artikelen 15 en 16 – Nationale regeling waarbij het een onderneming die in een sector aanmerkelijke marktmacht heeft, wordt verboden om een ‚aanzienlijke economische omvang‘ te verkrijgen in een andere sector – Berekening van de omzet die is behaald in de sector elektronische communicatie en in de mediasector – Definitie van de sector elektronische communicatie – Beperking tot markten die ex ante zijn gereguleerd – Inaanmerkingneming van de omzet van verbonden vennootschappen – Vaststelling van een andere omzeldrempel voor vennootschappen die actief zijn in de sector elektronische communicatie”

In zaak C-719/18,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) bij beslissing van 26 september 2018, ingekomen bij het Hof op 15 november 2018, in de procedure

Vivendi SA

tegen

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,

in tegenwoordigheid van:

Mediaset SpA,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan, kamerpresident, I. Jarukaitis (rapporteur), E. Juhász, M. Ilešič en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: R. Șereș, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 oktober 2019,

* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen ingediend door:

- Vivendi SA, vertegenwoordigd door G. Scassellati Sforzolini, G. Faella, C.F. Emanuele en M. D'Ostuni, avvocati,
- Mediaset SpA, vertegenwoordigd door A. Catricalà, D. Lipani, C.E. Cazzato, G.M. Roberti, G. Bellitti en M. Serpone, avvocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Armati, L. Nicolae en L. Malferrari als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 18 december 2019,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 49, 56 en 63 VWEU en de artikelen 15 en 16 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB 2009, L 337, blz. 37) (hierna: „kaderrichtlijn”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Vivendi SA enerzijds en de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (toezichthoudende autoriteit voor de communicatiesector, Italië; hierna: „AGCOM”) en Mediaset SpA anderzijds over een bepaling van het Italiaanse recht waarbij het een onderneming wordt verboden om een omzet te behalen die meer bedraagt dan 10 % van de totale in het geïntegreerd communicatiesysteem (zogenoeten „sistema integrato delle comunicazioni”; hierna: „SIC”) gerealiseerde omzet wanneer die onderneming een aandeel van meer dan 40 % van de totale in de sector elektronische communicatie gerealiseerde omzet heeft.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Kaderrichtlijn

- 3 In de overwegingen 5, 25 en 27 van de kaderrichtlijn staat te lezen:
„(5) De convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie houdt in dat alle transmissienetwerken en -diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen. [...] Het is noodzakelijk dat de regelgeving inzake transmissie wordt gescheiden van de regelgeving inzake inhoud. Dit kader bestrijkt derhalve niet de inhoud van de diensten die via elektronische-communicatienetwerken met behulp van elektronische-communicatiediensten worden geleverd, zoals de inhoud van omroepprogramma's, financiële diensten en bepaalde diensten van de informatiemaatschappij, en heeft derhalve geen gevolgen voor maatregelen die [op het niveau van de Unie] of nationaal, overeenkomstig de [Uniewetgeving], worden genomen

om de culturele en taalkundige verscheidenheid te bevorderen en het pluralisme in de media te garanderen. [...] De scheiding tussen de regelgeving inzake transmissie en de regelgeving inzake inhoud staat er niet aan in de weg dat rekening wordt gehouden met de relaties die tussen beide bestaan, teneinde pluralisme in de media, culturele verscheidenheid en consumentenbescherming te garanderen.

[...]

(25) In bepaalde omstandigheden moeten ex ante verplichtingen worden opgelegd om de ontwikkeling van een concurrerende markt te waarborgen. De definitie van aanmerkelijke macht op de markt in richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP) [(PB 1997, L 199, blz. 32)] is doeltreffend gebleken in de eerste stadia van de openstelling van de markt als criterium voor verplichtingen ex ante, maar moet thans worden aangepast aan meer complexe en dynamische markten. Daarom is de in deze richtlijn gebruikte definitie gelijkwaardig aan het begrip machtspositie als gedefinieerd in de rechtspraak van het Hof [...] en het Gerecht [...].

[...]

(27) Het is essentieel dat ex ante regulerende verplichtingen alleen worden opgelegd wanneer er geen daadwerkelijke mededinging is, d.w.z. in markten waar een of meer ondernemingen zijn met een aanzienlijke marktmacht, en wanneer nationale rechtsmiddelen en de middelen van het [...] mededingingsrecht [van de Unie] ontoereikend zijn om het probleem op te lossen. Het is derhalve nodig dat de [Europese] Commissie op [Unieniveau], overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht, richtsnoeren opstelt voor nationale regelgevende instanties aan de hand waarvan zij kunnen beoordelen of op een bepaalde markt daadwerkelijke mededinging heerst en of er sprake is van aanmerkelijke marktmacht. [...]"

4 Artikel 1 van de kaderrichtlijn, met als opschrift „Toepassingsgebied en doelstelling”, bepaalt:

„1. Bij deze richtlijn wordt een geharmoniseerd kader voor de regulering van elektronische-communicatiediensten, elektronische-communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten en bijbehorende diensten vastgesteld, evenals bepaalde aspecten van eindapparatuur om de toegang voor gebruikers met een handicap te vergemakkelijken. De richtlijn legt taken van de nationale regelgevende instanties vast alsmede een reeks procedures om de geharmoniseerde toepassing van het regelgevingskader in de gehele [Unie] te waarborgen.

2. Deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen laten de verplichtingen onverlet die door het nationale recht in overeenstemming met het [Unierecht] of door het [Unierecht] zijn opgelegd met betrekking tot diensten die worden geleverd met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten.

3. Deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen laten de maatregelen onverlet die op [het niveau van de Unie] of [op] nationaal niveau met inachtneming van het [Unierecht] zijn genomen voor de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang, in het bijzonder wat betreft regulering van de inhoud en audiovisueel beleid.

[...]”

5 In artikel 2 van die richtlijn, met als opschrift „Definities”, staat te lezen:

„[...]

c) ‚elektronische-communicatiedienst’: een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. [...]

[...]”

6 Artikel 15 van de kaderrichtlijn, met als opschrift „Procedure voor het bepalen en definiëren van markten”, luidt:

„1. Na een openbare raadpleging, met inbegrip van raadpleging van de nationale regelgevende instanties, en zoveel mogelijk rekening houdend met het advies van [het orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (Berec)], neemt de Commissie volgens de raadplegingsprocedure van artikel 22, lid 2, een aanbeveling aan inzake relevante markten voor producten en diensten (de aanbeveling). Daarin worden de markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van regulerende verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn, onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd. De Commissie definieert de markten overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.

De Commissie herziet de aanbeveling op gezette tijden.

2. De Commissie publiceert, uiterlijk op de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn, richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (hierna ‚de richtsnoeren’ te noemen), in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht.

3. De nationale regelgevende instanties bepalen, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. De nationale regelgevende instanties volgen de procedures van de artikelen 6 en 7 voordat zij markten definiëren die verschillen van de in de aanbeveling genoemde.

4. Na raadpleging, met inbegrip van raadpleging van de nationale regelgevende instanties, en zoveel mogelijk rekening houdend met het advies van Berec, kan de Commissie [...] een beschikking vaststellen waarin transnationale markten worden gedefinieerd.”

7 In artikel 16 van de kaderrichtlijn, met als opschrift „Marktanalyseprocedure”, wordt bepaald:

„1. De nationale regelgevende instanties voeren een analyse uit van de relevante in de aanbeveling vermelde markten, en houden daarbij rekening met de in de aanbeveling genoemde markten, met maximale inachtneming van de richtsnoeren. De lidstaten zorgen ervoor dat deze analyse, in voorkomend geval, in samenwerking met de nationale mededingingsinstanties wordt uitgevoerd.

2. Wanneer een nationale regelgevende instantie krachtens leden 3 en 4 van dit artikel, artikel 17, van richtlijn 2002/22/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten] (universeledienstrichtlijn) [(PB 2002, L 108, blz. 51)], of artikel 8 van richtlijn 2002/19/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten] (toegangsrichtlijn) [(PB 2002,

L 108, blz. 7)] moet bepalen of ten aanzien van ondernemingen verplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken, bepaalt zij overeenkomstig de richtsnoeren op basis van haar analyse volgens lid 1 van dit artikel of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is.

3. Wanneer een nationale regelgevende instantie concludeert dat de markt daadwerkelijk concurrerend is, mag zij niet een van de specifieke wettelijke verplichtingen als beschreven in lid 2 opleggen of handhaven. Wanneer er reeds sectorspecifieke verplichtingen bestaan, trekt zij die verplichtingen van ondernemingen op die relevante markt in. Partijen die gevolgen ondervinden van het intrekken van die verplichtingen worden tijdig in kennis gesteld.

4. Wanneer een nationale regelgevende instantie vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt afzonderlijk of gezamenlijk aanmerkelijke macht op de markt in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als bedoeld in lid 2 van dit artikel of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.

[...]"

Richtlijn audiovisuele mediadiensten

- 8 In de overwegingen 5 en 8 van richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) (PB 2010, L 95, blz. 1) (hierna: „richtlijn audiovisuele mediadiensten”) staat te lezen:

„(5) Audiovisuele mediadiensten zijn zowel culturele als economische diensten. Het toenemende belang ervan voor de samenleving, de democratie – met name ten aanzien van het waarborgen van informatievrijheid, meningsverscheidenheid en mediapluriformiteit –, het onderwijs en de cultuur rechtvaardigt de toepassing van bijzondere voorschriften voor deze diensten.

[...]

(8) Het is voor een afdoende toepassing van deze richtlijn van essentieel belang dat erop wordt toegezien dat geen maatregelen worden genomen die het vrije verkeer van of de handel in radio- en televisie-uitzendingen in gevaar brengen of die het ontstaan van machtsposities bevorderen waardoor het pluralisme en de vrijheid van informatie op de televisie en in de nieuwsmedia in het algemeen worden beperkt.”

Italiaans recht

TUSMAR

- 9 Decreto legislativo n. 177 – Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (wetsbesluit nr. 177 houdende de gecoördineerde voorschriften betreffende audiovisuele en radio-mediadiensten) van 31 juli 2005 (gewoon supplement bij GURI nr. 208 van 7 september 2005), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: „TUSMAR”), bepaalt in artikel 2, lid 1, onder s):

„Het ‚SIC’ omvat de volgende activiteiten: dagbladen en tijdschriften; jaarboeken en elektronische uitgeverij, ook via internet; radio en audiovisuele mediadiensten; bioscoopfilms; externe reclame; communicatie-initiatieven voor producten en diensten; sponsoring.”

10 In artikel 43 TUSMAR, met als opschrift „Machtsposities in het [SIC]”, staat te lezen:

„1. De entiteiten die actief zijn in het [SIC] stellen de [AGCOM] verplicht in kennis van overeenkomsten en concentraties, zodat de [AGCOM] kan nagaan of de in de leden 7, 8, 9, 10, 11 en [...] genoemde beginselen in acht worden genomen volgens de procedures waarin wordt voorzien in de door haarzelf vastgestelde ad-hocregeling.

[...]

5. De [AGCOM], die zich aanpast aan de wijzigende kenmerken van de markten, [...], neemt de nodige maatregelen om de in de leden 7, 8, 9, 10, 11 [...] bedoelde posities of enige andere positie die het pluralisme in gevaar brengt uit te schakelen of om te verhinderen dat die posities ontstaan. [...]

7. Bij de volledige tenuitvoerlegging van het nationale allocatieplan voor digitale radio- en televisiefrequenties is het eenzelfde aanbieder van inhoud niet toegestaan, evenmin via vennootschappen die kunnen worden geacht onder zeggenschap van die aanbieder te staan of met hem te zijn verbonden in de zin van de leden 13, 14 en 15, in het bezit te zijn van vergunningen waarmee hij meer dan 20 % van alle televisieprogramma's of meer dan 20 % van alle radioprogramma's kan uitzenden die op nationaal niveau via de in het nationale allocatieplan bedoelde netwerken terrestrisch kunnen worden uitgezonden.

8. Totdat het nationale allocatieplan voor digitale televisiefrequenties volledig ten uitvoer is gelegd, is het maximum voor het totale aantal programma's per entiteit vastgesteld op 20 % en wordt dit maximum berekend in verhouding tot het totale aantal televisieprogramma's waarvoor een concessie is verleend of die, eveneens in de zin van artikel 23, lid 1, van legge n. 112 – Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana SpA, nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione (wet nr. 112 houdende grondregels voor de structuur van het radio- en televisiesysteem en de RAI-Radiotelevisione italiana SpA en houdende machtiging van de regering tot het bekendmaken van de gecoördineerde voorschriften van het radio- en televisiesysteem) van 3 mei 2004 [(gewoon supplement bij GURI nr. 104 van 5 mei 2004)], op nationaal niveau analoog dan wel digitaal worden uitgezonden via terrestrische radiofrequenties. Televisieprogramma's die digitaal worden uitgezonden, kunnen deel uitmaken van de basis voor de berekening wanneer met die programma's 50 % van de bevolking wordt bereikt. Om te berekenen of het maximum van 20 % in acht wordt genomen, wordt geen rekening gehouden met programma's die de gelijktijdige weergave van analoog uitgezonden programma's vormen. Dit criterium is enkel van toepassing op entiteiten die digitaal programma's uitzenden waarmee zij 50 % van de nationale bevolking bereiken.

9. Onverminderd het verbod van machtsposities in de afzonderlijke markten die samen het [SIC] vormen, is het de entiteiten die verplicht zijn tot inschrijving in het register van aanbieders van communicatiediensten, dat is ingesteld bij artikel 1, lid 6, [onder] a), [punt] 5, van legge n. 249 – Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo (wet nr. 249 tot oprichting van de toezichthoudende autoriteit voor communicatie en houdende voorschriften voor telecommunicatie- en radio- en televisiesystemen) van 31 juli 1997 [(gewoon supplement bij GURI nr. 177 van 31 juli 1997)], niet toegestaan om rechtstreeks dan wel via andere onder hun zeggenschap staande of verbonden entiteiten in de zin van de leden 14 en 15 van dit artikel een omzet te behalen die meer dan 20 % van de totale omzet van het [SIC] bedraagt.

10. De in lid 9 bedoelde omzet is de omzet uit de financiering van de openbare radio- en televisiedienst na aftrek van de aan de schatkist verschuldigde rechten, uit nationale en lokale reclame ook rechtstreekse reclame, uit telewinkelen, sponsoring, in verkooppunten verrichte activiteiten voor de verspreiding van het product, uitgezonderd kortingen op de prijs, uit met openbare entiteiten gesloten doorlopende overeenkomsten en uit rechtstreeks verleende overheidssteun aan entiteiten die de in

artikel 2, lid 1, [onder] s), vermeldde activiteiten verrichten, uit betaaltelevisieaanbiedingen, abonnementen en de verkoop van dagbladen en tijdschriften, met inbegrip van de als bijlage in de handel gebrachte gedrukte en fonografische producten, alsook uit de nationale persagentschappen, elektronische uitgeverij en uitgeverij van jaarboeken, ook op internet, uit onlinereclame en reclame op diverse platformen, ook rechtstreekse reclame, met inbegrip van via zoekmachines verkregen middelen, uit socialemedia- en informatiedeelplatformen, en uit het gebruik van cinematografische werken in de verschillende vormen waarin het publiek daar toegang toe heeft.

11. Ondernemingen waarvan de omzet in de sector elektronische communicatie zoals gedefinieerd in artikel 18 van decreto legislativo n. 259 – Codice delle comunicazioni elettroniche (wetsbesluit nr. 259 tot vaststelling van het wetboek elektronische communicatie) van 1 augustus 2003 [(gewoon supplement bij GURI nr. 214 van 15 september 2003)], daaronder begrepen de omzet die via onder zeggenschap staande of verbonden vennootschappen wordt behaald, meer dan 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet bedraagt, mogen in het [SIC] geen omzet behalen die meer dan 10 % van de in dit systeem gerealiseerde omzet bedraagt.

[...]

13. Om de bij de onderhavige gecoördineerde voorschriften verboden machtsposities in het [SIC] te bepalen, wordt er ook rekening gehouden met verworven deelnemingen in het kapitaal of in elk geval met deelnemingen via onder zeggenschap staande vennootschappen, ook indirect, en trustmaatschappijen of via tussenpersonen. Als verworven worden beschouwd deelnemingen waarvan de eigendom van een entiteit naar een andere overgaat ingevolge of in samenhang met fusies, splitsingen, cessies, overdrachten van vennootschappen of andere transacties waarbij die entiteiten betrokken zijn. Wanneer er tussen de verschillende aandeelhouders overeenkomsten zijn gesloten, ongeacht in welke vorm, die betrekking hebben op de onderling afgestemde uitoefening van het stemrecht of in ieder geval op het bestuur van de betreffende vennootschap en die verschillen van louter onderling overleg onder aandeelhouders, wordt ieder van hen geacht alle aandelen of deelbewijzen te bezitten waarover de deelnemende partijen beschikken of waarover zij zeggenschap hebben.

14. Voor de toepassing van de onderhavige gecoördineerde voorschriften is er met name sprake van zeggenschap ook wat andere entiteiten dan vennootschappen betreft, in de gevallen waarin wordt voorzien in artikel 2359, eerste en tweede alinea, van de Codice civile [burgerlijk wetboek].

15. Van zeggenschap in de vorm van de uitoefening van een overheersende invloed, wordt, behoudens bewijs van het tegendeel, geacht sprake te zijn in een van de volgende situaties:

- a) wanneer er een entiteit bestaat die, alleen of in samenspraak met andere aandeelhouders, over de mogelijkheid beschikt om de meerderheid van de stemrechten in de gewone algemene vergadering van aandeelhouders uit te oefenen of om de meerderheid van de bestuurders te benoemen of te ontslaan;
- b) wanneer er onder meer tussen de vennoten financiële, organisatorische of economische banden bestaan die een van de volgende gevolgen kunnen sorteren:
 - 1) de overdracht van winsten en verliezen;
 - 2) de coördinatie van het beheer van een onderneming met dat van andere ondernemingen, teneinde een gemeenschappelijk doel na te streven;
 - 3) de toekenning van bevoegdheden die verder gaan dan de bevoegdheden die inherent zijn aan de aandelen of de deelbewijzen die men bezit;
 - 4) de toekenning van bevoegdheden bij de keuze van de beheerders en de bestuurders van de ondernemingen, aan andere entiteiten dan die welke daarvoor op basis van de eigendomsstructuur rechtmatig in aanmerking komen;

c) wanneer er sprake is van een verhouding van ondergeschiktheid ten opzichte van een gemeenschappelijk bestuur, die onder meer het gevolg kan zijn van de kenmerken van de samenstelling van de bestuursorganen of van andere belangrijke en kwalitatieve factoren.

[...]"

Burgerlijk wetboek

11 Artikel 2359 van het burgerlijk wetboek, met als opschrift „Onder zeggenschap staande en verbonden vennootschappen”, bepaalt:

„Als onder zeggenschap staande vennootschappen worden aangemerkt:

- 1) vennootschappen waarin een andere vennootschap beschikt over de meerderheid van de stemrechten die in de gewone algemene vergadering van aandeelhouders kunnen worden uitgeoefend;
- 2) vennootschappen waarin een andere vennootschap over voldoende stemrechten beschikt om in de gewone algemene vergadering van aandeelhouders een overheersende invloed uit te oefenen;
- 3) vennootschappen waarin een andere vennootschap op grond van specifieke contractuele banden een overheersende invloed uitoefent.

Voor de toepassing van de eerste alinea, punten 1 en 2, worden ook de stemrechten van onder zeggenschap staande vennootschappen, trustmaatschappijen en tussenpersonen in aanmerking genomen; stemrechten die worden uitgeoefend voor rekening van derden worden niet in aanmerking genomen.

Vennootschappen worden als verbonden beschouwd wanneer één van de vennootschappen in kwestie aanzienlijke invloed uitoefent op de andere vennootschappen. Een dergelijke invloed wordt vermoed wanneer die vennootschap in de gewone algemene vergadering van aandeelhouders ten minste één vijfde dan wel, indien de aandelen van de vennootschap op gereguleerde markten zijn genoteerd, één tiende van de stemrechten kan uitoefenen.”

Wetboek elektronische communicatie

12 Artikel 18 van wetsbesluit nr. 259 tot vaststelling van het wetboek elektronische communicatie, in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: „wetboek elektronische communicatie”), heeft als opschrift „Procedure voor het bepalen en definiëren van markten”. Dit artikel bepaalt:

„1. De [AGCOM] definieert, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbevelingen inzake relevante markten voor producten en diensten van de sector elektronische communicatie (hierna aanbevelingen te noemen) en met de richtsnoeren, de relevante markten overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht en op basis van de kenmerken en de structuur van de nationale elektronische-communicatiemarkt. Voordat de [AGCOM] markten definieert die verschillen van de in de aanbevelingen genoemde, volgt zij de procedure van de artikelen 11 en 12.

[...]"

Wet nr. 249 van 31 juli 1997

- 13 Wet nr. 249 van 31 juli 1997 bepaalt in artikel 1, lid 6, onder a), punt 5, bij de bevoegdheden van de AGCOM:

„[De AGCOM] zorgt voor het bijhouden van een register van aanbieders van communicatiediensten. Overeenkomstig de onderhavige wet zijn tot inschrijving in dat register verplicht: aanbieders waaraan de [AGCOM] of andere bevoegde autoriteiten een concessie of vergunning hebben verleend op grond van de geldende regeling, ondernemingen met een concessie voor het aanbieden van advertentieruimte via radio- of televisieapparatuur, in dagbladen of tijdschriften, op internet en andere vaste of mobiele digitale platformen, ondernemingen die zich bezighouden met de productie en verspreiding van radio- en televisieprogramma's, ondernemingen die dagbladen, tijdschriften of magazines uitgeven en nationale persagentschappen, alsook ondernemingen die telematische en telecommunicatiediensten aanbieden, met inbegrip van elektronische en digitale uitgeverij; de op het nationale grondgebied in gebruik zijnde verspreidingsinfrastructuur wordt eveneens in het register opgenomen. De [AGCOM] stelt een ad-hocregeling vast waarin de organisatie en het bijhouden van het register worden geregeld, alsook de criteria worden vastgesteld om te bepalen welke entiteiten tot inschrijving verplicht zijn, los van de entiteiten die reeds in het register zijn ingeschreven op de datum van inwerkingtreding van de onderhavige wet.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 14 Vivendi, een vennootschap naar Frans recht die is ingeschreven in het ondernemingsregister van Parijs (Frankrijk), is de moedermaatschappij van een groep die actief is in de mediasector en de sector die zich toelegt op de creatie en verspreiding van audiovisuele inhoud.
- 15 Vivendi heeft een deelneming van 23,9 % in het kapitaal van Telecom Italia SpA, een vennootschap waarover zij zeggenschap uitoefent sinds zij in wezen de meerderheid van de stemrechten in de aandeelhoudersvergadering van die vennootschap verwierf bij een stemming die heeft plaatsgevonden tijdens de aandeelhoudersvergadering van 4 mei 2017.
- 16 Op 8 april 2016 hebben Vivendi, Mediaset en Reti Televisive Italiane SpA een strategische samenwerkingsovereenkomst gesloten uit hoofde waarvan Vivendi 3,5 % van het maatschappelijk kapitaal van Mediaset en 100 % van het maatschappelijk kapitaal van Mediaset Premium SpA verwierf, in ruil waarvoor zij 3,5 % van haar eigen maatschappelijk kapitaal afstond aan Mediaset.
- 17 Omdat er onenigheid over die overeenkomst was ontstaan, is Vivendi in december 2016 gestart met een vijandige overname van aandelen van Mediaset. Op 22 december 2016 is Vivendi aldus in het bezit gekomen van 28,8 % van het maatschappelijk kapitaal van Mediaset en 29,94 % van de stemrechten in de aandeelhoudersvergadering van die vennootschap. Met die gekwalificeerde minderheidsdeelneming kon Vivendi evenwel geen zeggenschap uitoefenen over Mediaset, die onder zeggenschap van de Fininvest-groep bleef staan.
- 18 In die context heeft Mediaset op 20 december 2016 een klacht ingediend bij de AGCOM waarin zij stelde dat Vivendi inbreuk had gemaakt op artikel 43, lid 11, TUSMAR (hierna: „in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling”) omdat de deelnemingen van Vivendi in Telecom Italia en Mediaset haars inziens tot gevolg hebben dat de door Vivendi behaalde omzet in de sector elektronische communicatie respectievelijk in het SIC de in deze bepaling vastgelegde drempels overschreed. Volgens die bepaling mogen ondernemingen waarvan de omzet in de sector elektronische communicatie, daaronder begrepen de omzet die via onder zeggenschap staande of verbonden vennootschappen wordt behaald, meer dan 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet bedraagt, in het SIC geen omzet behalen die meer dan 10 % van de in dit systeem gerealiseerde omzet bedraagt.

- 19 Bij besluit van 18 april 2017 (hierna: „besluit van de AGCOM”) heeft de AGCOM zich op het standpunt gesteld dat Vivendi inbreuk had gemaakt op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling. In dit verband heeft die autoriteit opgemerkt i) dat Vivendi een met Telecom Italia en Mediaset verbonden vennootschap was, aangezien zij beschikte over meer dan één vijfde van de stemrechten in de aandeelhoudersvergadering van elk van die vennootschappen, ii) dat Vivendi 59 % van de in de sector elektronische communicatie gerealiseerde omzet had behaald en dat die sector bestaat uit retaildiensten via een vast netwerk, wholesalediensten via een vast of een mobiel netwerk en televisieomroepdiensten voor de transmissie van inhoud naar de eindgebruikers, en iii) dat Mediaset 13,3 % van de in het kader van het SIC gerealiseerde omzet had behaald. Bij dat besluit heeft de AGCOM Vivendi tevens bevolen binnen een termijn van twaalf maanden een einde te maken aan de deelneming in het kapitaal van Mediaset dan wel in dat van Telecom Italia.
- 20 In dat besluit was de AGCOM met name van mening dat alleen de markten die overeenkomstig de artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn waren gereguleerd, relevant waren voor de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling. De AGCOM heeft tevens gepreciseerd dat die bepaling ernaar streefde het pluralisme in de media te beschermen en dat zij in het bijzonder tot doel had, gelet op het groeiende fenomeen van convergentie tussen telecommunicatie en media, effecten die het pluralisme in de media verstoren, te voorkomen. Dergelijke effecten kunnen zich voordoen wanneer een onderneming die aanmerkelijke marktmacht heeft in de sector elektronische communicatie, een „aanzienlijke economische omvang” verkrijgt in het SIC. De AGCOM heeft daaraan toegevoegd dat de in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling vastgestelde limieten automatisch gelden, aangezien deze onafhankelijk van enige analyse van die versturende effecten en van enige overweging inzake het mededingingsrecht van toepassing zijn.
- 21 Op 6 april 2018 heeft Vivendi aan het door de AGCOM tot haar gerichte bevel gevolg gegeven door 19,19 % van de aandelen van Mediaset, die 19,95 % van de stemrechten in de aandeelhoudersvergadering van Mediaset vertegenwoordigden, over te dragen aan een derde vennootschap. Vivendi behield aldus een rechtstreekse deelneming in het kapitaal van Mediaset van minder dan 10 % van de in de aandeelhoudersvergadering van Mediaset uitoefenbare stemrechten.
- 22 Vivendi heeft tegen het besluit van de AGCOM niettemin beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië), de verwijzende rechter.
- 23 In het kader van dat beroep voert Vivendi in de eerste plaats aan dat de AGCOM de sector elektronische communicatie onjuist heeft gedefinieerd, aangezien die autoriteit alle markten die in werkelijkheid deel uitmaken van de sector elektronische communicatie in aanmerking had moeten nemen om de totale omzet die in deze sector is behaald, te berekenen. In plaats daarvan heeft de AGCOM slechts een deel van die markten in aanmerking genomen, namelijk de markten ten aanzien waarvan een besluit tot marktanalyse is vastgesteld met het oogmerk na te gaan of een marktdeelnemer een machtspositie heeft, en heeft zij belangrijke markten zoals de markt van de retaildiensten inzake mobiele telefonie buiten beschouwing gelaten, aldus Vivendi.
- 24 In de tweede plaats betoogt Vivendi dat de AGCOM het begrip „verbonden vennootschap” in de zin van artikel 2359, derde alinea, van het Italiaanse burgerlijk wetboek onjuist heeft opgevat doordat die autoriteit de omzet die is behaald door de vennootschappen die deel uitmaken van de Mediaset-groep in aanmerking heeft genomen, terwijl deze noch onder zeggenschap staan van Vivendi noch met haar verbonden zijn en Vivendi geen „aanzienlijke invloed” in de zin van die bepaling op die vennootschappen uitoefent.
- 25 In de derde plaats beroept Vivendi zich op schending van de artikelen 49, 56 en 63 VWEU, aangezien het besluit van de AGCOM volgens haar afbreuk doet aan de mogelijkheid voor een in Frankrijk geregistreerde vennootschap om een minderheidsdeelneming te verwerven in een in Italië geregistreerde vennootschap.

- 26 In de vierde plaats stelt Vivendi dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling een verschil in behandeling in het leven roept, aangezien die bepaling voor bepaalde andere marktdeelnemers van de sector elektronische communicatie de drempel van de in het SIC behaalde omzet vaststelt op 20 % in plaats van op 10 %.
- 27 De AGCOM voert aan dat de rechtsgrondslag voor het in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling vastgestelde verbod om een „aanzienlijke economische omvang” te verkrijgen in het SIC, wordt gevormd door het beginsel van pluralisme in de media, dat met name is neergelegd in artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, alsook in overweging 8 van de richtlijn audiovisuele mediadiensten. Voorts benadrukt de AGCOM dat de fundamentele vrijheden volgens de rechtspraak van het Hof kunnen worden beperkt teneinde het pluralisme in de media in de lidstaten te waarborgen.
- 28 In dit verband merkt de verwijzende rechter op dat de gepastheid en de evenredigheid van de beperkingen die zijn vervat in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling niet alleen moeten worden getoetst aan de vrijheid van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting en het vrije verkeer van kapitaal, maar ook aan beginselen zoals vrijheid en pluralisme in de media.
- 29 In deze omstandigheden heeft de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Staat het Unierecht, en inzonderheid het beginsel van vrij kapitaalverkeer als bedoeld in artikel 63 VWEU, in de weg aan [de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling], ondanks dat de lidstaten zelf de mogelijkheid hebben om vast te stellen wanneer ondernemingen een machtspositie hebben (en als gevolg daarvan aan specifieke verplichtingen onderworpen zijn)? Het bovenstaande, voor zover de betrokken sector daarin, onder verwijzing naar artikel 18 van de codice delle comunicazioni elettroniche (wet op de elektronische communicatie), wordt beperkt tot markten die aan regulering ex ante kunnen worden onderworpen, ondanks de algemene ervaring dat informatie (ten aanzien waarvan de regeling beoogt pluralisme te waarborgen) in toenemende mate wordt overgedragen via internet, personal computers en mobiele telefoons, zodat het onredelijk is om met name mobiele telefoniediensten aan eindgebruikers van deze sector uit te sluiten louter omdat deze diensten volledig aan mededinging worden blootgesteld? Het bovenstaande, ook rekening houdend met het feit dat de AGCOM de sector elektronische communicatie met het oog op de toepassing van [de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling] juist in de [in het hoofdgeding aan de orde zijnde] procedure heeft afgebakend door alleen die markten in aanmerking te nemen ten aanzien waarvan sinds de inwerkingtreding van de wet op de elektronische communicatie, dus van 2003 tot heden, ten minste eenmaal een analyse is verricht, en wel met de omzet die kan worden afgeleid uit de laatste bruikbare belastingaanslag, te weten 2015?
- 2) Staan de beginselen ter bescherming van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting als bedoeld in de artikelen 49 en 56 VWEU, de artikelen 15 en 16 van [de kaderrichtlijn] ter bescherming van pluralisme en vrijheid van meningsuiting en het Unierechtelijke beginsel van evenredigheid in de weg aan de toepassing van een nationale regeling op het gebied van publieke audiovisuele en radio-mediadiensten als de Italiaanse, die is vastgesteld in [de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling en in] artikel 43, [lid 14], [TUSMAR], volgens welke de omzet die relevant is voor de vaststelling van de tweede drempel van 10 % ook betrekking kan hebben op ondernemingen die niet onder zeggenschap staan en evenmin aan overheersende invloed onderworpen zijn, doch slechts ‚verbonden’ vennootschappen zijn in de zin van artikel 2359 van het burgerlijk wetboek (waarnaar in artikel 43, lid 14, wordt verwezen), ook al kan op deze laatstgenoemde vennootschappen geen enkele invloed worden uitgeoefend ten aanzien van de te verspreiden informatie?

- 3) Staan de beginselen van vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting als bedoeld in de artikelen 49 en 56 VWEU, de artikelen 15 en 16 van [de kaderrichtlijn], de beginselen betreffende de bescherming van pluralisme van de informatiebronnen en van de mededinging in de omroepsector als bedoeld in [de richtlijn audiovisuele mediadiensten] en [de kaderrichtlijn] in de weg aan een nationale regeling als [de TUSMAR], die in artikel 43, [lid 9,] en [de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling] bepaalt dat voor „ondernemingen die verplicht zijn tot inschrijving in het register van aanbieders van communicatiediensten als bedoeld in artikel 1, lid 6, onder a), punt 5, van wet nr. 249 van 31 juli 1997’ (te weten ondernemingen waaraan op grond van de geldende regeling een concessie of vergunning van de AGCOM of van andere bevoegde overheidsdiensten is verleend, alsook aanbieders van advertentieruimte voor welke kanalen dan ook, uitgevers enzovoort als bedoeld in lid 9) heel andere drempels gelden (van respectievelijk 20 % en 10 %) dan voor ondernemingen die actief zijn in de sector elektronische communicatie zoals hierboven gedefinieerd (in het kader van [de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling])?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Ontvankelijkheid

- 30 De Italiaanse regering is van mening dat de eerste prejudiciële vraag hypothetisch is omdat Vivendi in het referentiejaar, ook bij een ruimere afbakening van de sector elektronische communicatie, als gevolg van de zeggenschap die Vivendi uitoefent over Telecom Italia een aandeel van 45,9 % van de in die sector gerealiseerde omzet zou hebben behaald. De in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling vastgestelde drempel van 40 % zou dus hoe dan ook zijn overschreden.
- 31 Mediaset voert aan dat het verzoek om een prejudiciële beslissing in zijn geheel niet-ontvankelijk is omdat de verwijzende rechter het nationale regelgevingskader niet op duidelijke en samenhangende wijze beschrijft, noch toelicht in welke zin bepaalde Unierechtelijke bepalingen waarnaar hij in dat verzoek verwijst relevant zijn voor de beslechting van het hoofdgeding.
- 32 Dienaangaande moet in herinnering worden gebracht dat het uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het hoofdgeding is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof stelt, te beoordelen. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een Unierechtelijke regel, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest van 10 december 2018, *Wightman e.a.*, C-621/18, EU:C:2018:999, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 33 Bijgevolg worden vragen die het Unierecht betreffen, vermoed relevant te zijn. Het Hof kan slechts weigeren op een door een nationale rechterlijke instantie gestelde prejudiciële vraag te antwoorden wanneer de gevraagde uitlegging van een regel van Unierecht kennelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest van 10 december 2018, *Wightman e.a.*, C-621/18, EU:C:2018:999, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 34 Wat in casu het betoog van de Italiaanse regering betreft, moet worden opgemerkt dat de eerste prejudiciële vraag juist betrekking heeft op de vraag of het zich met het Unierecht verdraagt dat er een drempel van 40 % van de totale, in de sector elektronische communicatie gerealiseerde omzet wordt vastgesteld om aldus de toegang tot het SIC te beperken voor ondernemingen die in die sector actief zijn. Het feit dat Vivendi, zoals de Italiaanse regering stelt, die drempel hoe dan ook zou

overschrijden, is niet van belang voor de vraag of het bestaan op zich van een dergelijke drempel verenigbaar kan worden geacht met het Unierecht, wat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen. Dientengevolge is de eerste vraag niet hypothetisch in de zin van de in punt 33 van dit arrest aangehaalde rechtspraak.

- 35 Wat de door Mediaset aangevoerde argumenten betreft, zij opgemerkt dat hoewel de verwijzende rechter in het verzoek om een prejudiciële beslissing bepaalde Unierechtelijke bepalingen vermeldt zonder de relevantie ervan voor de beslechting van het hoofdgeding toe te lichten, dat verzoek voldoende beoordelingselementen bevat om een goed begrip te krijgen van de juridische vragen die zijn gerezen rond de mogelijke onverenigbaarheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling met de Unierechtelijke bepalingen.
- 36 Hieruit volgt dat de prejudiciële vragen ontvankelijk zijn.

Ten gronde

Voorafgaande opmerkingen

- 37 In de eerste plaats zij opgemerkt dat in de eerste prejudiciële vraag wordt verwezen naar artikel 63 VWEU, dat betrekking heeft op het vrije kapitaalverkeer, terwijl in de tweede en de derde vraag wordt verwezen naar artikel 49 VWEU, dat betrekking heeft op de vrijheid van vestiging, en artikel 56 VWEU, dat ziet op de vrijheid van dienstverrichting. Om te beginnen moet dus worden bepaald welke vrijheid in casu relevant is.
- 38 In dit verband moet allereerst worden opgemerkt dat de verwijzingsbeslissing geen concrete gegevens bevat op basis waarvan kan worden aangenomen dat het hoofdgeding betrekking heeft op een grensoverschrijdende dienstverrichting. Daarom zal het Hof artikel 56 VWEU in het kader van deze prejudiciële verwijzing niet onderzoeken.
- 39 Wat voorts de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal betreft, zij in herinnering gebracht dat met betrekking tot de vraag of een nationale regeling onder de ene dan wel de andere van die vrijheden valt, uit vaste rechtspraak blijkt dat rekening dient te worden gehouden met het voorwerp van de regeling in kwestie (zie in die zin arrest van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 Een nationale regeling die alleen van toepassing is op het verwerven van deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, valt dan ook binnen de werkingssfeer van artikel 49 VWEU inzake de vrijheid van vestiging (arrest van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 91 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 Nationale bepalingen die van toepassing zijn op deelnemingen die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur en de zeggenschap van de betrokken onderneming uit te oefenen, moeten daarentegen uitsluitend aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal worden getoetst (arrest van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 42 In casu bestaat de doelstelling van artikel 43 TUSMAR erin controle uit te oefenen op de concentraties in het SIC om te voorkomen dat er „machtsposities” in de zin van het Italiaanse recht ontstaan in de afzonderlijke markten waaruit het SIC is samengesteld. Dit artikel, waarvan de in het hoofdgeding aan

de orde zijnde bepaling deel uitmaakt, heeft met andere woorden op algemene wijze tot doel de zeggenschap die kan worden uitgeoefend over de vennootschappen die in het SIC actief zijn, te beperken.

- 43 In dit opzicht maakt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling – die eraan in de weg staat dat een vennootschap waarvan de omzet in de sector elektronische communicatie meer dan 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet bedraagt, in het SIC een omzet behaalt die meer bedraagt dan 10 % van de in dit systeem gerealiseerde omzet – het mogelijk die zeggenschap te beperken.
- 44 Voorts heeft de verwerving van 23,94 % van het kapitaal van Telecom Italia ervoor gezorgd dat Vivendi de meerderheid van de stemrechten in de vergadering van aandeelhouders van Telecom Italia en vervolgens de zeggenschap over die onderneming heeft verkregen. Daarmee is er sprake van een situatie die onder de vrijheid van vestiging valt. Daarnaast blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt dat Vivendi, toen zij de aandelen van Mediaset verwierf, niet enkel beoogde een belegging te nemen, maar invloed wilde uitoefenen op het bestuur van Mediaset en een significant deel van de Italiaanse mediasector wilde verwerven.
- 45 Gelet op de algemene doelstelling van artikel 43 TUSMAR en het doel van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde deelneming, namelijk in de zin van de in punt 40 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak een zodanige invloed op de besluiten van Mediaset uitoefenen dat de activiteiten van laatstgenoemde kunnen worden bepaald, dient de onderhavige zaak dan ook te worden onderzocht in het licht van de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging.
- 46 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat in de tweede en de derde prejudiciële vraag wordt verwezen naar de artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn, naar het evenredigheidsbeginsel en naar het mededingingsbeginsel in de omroepsector waarnaar wordt verwezen in de richtlijn audiovisuele mediadiensten en de kaderrichtlijn.
- 47 In dit verband zij ten eerste opgemerkt dat zowel de kaderrichtlijn als de richtlijn audiovisuele mediadiensten een niet-uitputtende harmonisatie van de nationale regelingen op hun respectieve gebieden bewerkstelligt, waarbij de lidstaten een beoordelingsmarge wordt gelaten om op het nationale niveau besluiten vast te stellen. Met name blijven de lidstaten overeenkomstig artikel 1, lid 3, van de kaderrichtlijn bevoegd om met inachtneming van het Unierecht doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken, in het bijzonder wat betreft regulering van de inhoud en audiovisueel beleid.
- 48 Ten tweede blijkt uit de verwijzingsbeslissing niet in hoeverre de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling in strijd zou kunnen zijn met de artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn, het evenredigheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel in de omroepsector waarnaar wordt verwezen in de richtlijn audiovisuele mediadiensten en de kaderrichtlijn. Deze artikelen en beginselen worden immers in de verwijzingsbeslissing vermeld zonder dat in die beslissing wordt toegelicht wat het verband is tussen die artikelen en beginselen en de gestelde vragen.
- 49 Ook al kunnen sommige bepalingen van die twee richtlijnen eventueel in aanmerking worden genomen bij het onderzoek van de prejudiciële vragen, deze vragen hebben in werkelijkheid dus geen betrekking op de verplichtingen die mogelijk uit die artikelen en beginselen voortvloeien. Zij hebben veeleer betrekking op de kwestie in hoeverre de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling de door de kaderrichtlijn en de richtlijn audiovisuele mediadiensten aan de lidstaten gelaten beoordelingsmarge overschrijdt, hetgeen een toetsing aan het primaire recht, in casu aan artikel 49 VWEU, vereist.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 50 Met zijn drie vragen, die gezamenlijk dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die tot gevolg heeft dat een in een andere lidstaat geregistreerde vennootschap waarvan de omzet – daaronder begrepen de omzet die via onder zeggenschap staande of verbonden vennootschappen wordt behaald – in de sector elektronische communicatie zoals die voor de toepassing van die nationale regeling is gedefinieerd, meer dan 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet bedraagt, wordt belet in het SIC een omzet te behalen die meer dan 10 % van de in dit systeem gerealiseerde omzet bedraagt.
- 51 In dit verband zij in herinnering gebracht dat artikel 49 VWEU in de weg staat aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder onderscheid op grond van nationaliteit van toepassing is, de uitoefening van de in het VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging door onderdanen van de Unie kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken, en dat van dergelijke beperkende gevolgen onder meer sprake kan zijn wanneer een vennootschap wegens een nationale regeling ervan kan worden weerhouden om in andere lidstaten afhankelijke entiteiten – zoals een vaste inrichting – op te richten of via dergelijke entiteiten haar activiteiten te verrichten (arrest van 10 mei 2012, *Duomo Gpa e.a.*, C-357/10–C-359/10, EU:C:2012:283, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 52 Dat is het geval met de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling, aangezien deze bepaling elke – al dan niet op het nationale grondgebied gevestigde – onderneming waarvan de omzet in de sector elektronische communicatie zoals die voor de toepassing van die bepaling is gedefinieerd, 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet vormt, verbiedt om de drempel van 10 % van de in het SIC gerealiseerde omzet te overschrijden en dus om in voorkomend geval zeggenschap te verkrijgen over een andere onderneming die op dat grondgebied is gevestigd en er activiteiten verricht.
- 53 Zoals blijkt uit de punten 17 tot en met 20 van dit arrest heeft de AGCOM, waarbij een klacht werd ingediend toen Vivendi 28,8 % van het maatschappelijk kapitaal van Mediaset en 29,94 % van de stemrechten in de aandeelhoudersvergadering van Mediaset verwierf, Vivendi in casu op grond van die bepaling verboden de deelneming te behouden die zij in Mediaset had verworven of die welke zij in Telecom Italië had, en heeft zij Vivendi bevolen een einde te maken aan haar deelneming in het kapitaal van de ene dan wel van de andere onderneming voor zover die deelnemingen de in die bepaling vastgestelde drempels overschreden.
- 54 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling heeft aldus de vrijheid van Vivendi om zich in Italië te vestigen, beperkt doordat zij haar heeft verhindert meer invloed uit te oefenen op het bestuur van Mediaset via het verwerven van een grotere deelneming dan was vastgesteld. Deze bepaling vormt dus een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU.
- 55 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een dergelijke beperking van de vrijheid van vestiging slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet die beperking geschikt zijn om de betrokken doelstelling te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is om die doelstelling te verwezenlijken (arrest van 25 oktober 2017, *Polbud – Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 56 Wat in de eerste plaats het bestaan van dwingende redenen van algemeen belang betreft, zij opgemerkt dat uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens en uit de bij het Hof ingediende opmerkingen blijkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling is vastgesteld om het pluralisme op informatiegebied en in de media te garanderen. Verder is in artikel 43, lid 5, TUSMAR bepaald dat de AGCOM de nodige maatregelen moet treffen om met name de in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling bedoelde posities of enige andere positie die het pluralisme in gevaar brengt, uit te schakelen of om te verhinderen dat die posities ontstaan.

- 57 Het Hof heeft geoordeeld dat de waarborging van de vrijheden die worden beschermd in artikel 11 van het Handvest van de grondrechten, waarvan lid 2 betrekking heeft op de vrijheid en de pluriformiteit van de media, ontegenzeggelijk een doelstelling van algemeen belang vormt waarvan het belang in het bijzonder moet worden benadrukt in een democratische en pluralistische samenleving, en dat een dergelijke doelstelling een beperking van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 22 januari 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 58 Ook in het aan het VEU en het VWEU gehechte Protocol nr. 29 betreffende het openbare-omroepstelsel in de lidstaten wordt verwezen naar het pluralisme in de media en verklaard dat „het openbare-omroepstelsel in de lidstaten rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden”.
- 59 In casu kan de uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging dus in beginsel worden gerechtvaardigd uit hoofde van een dwingende reden van algemeen belang, namelijk de bescherming van het pluralisme op informatiegebied en in de media.
- 60 Wat in de tweede plaats de vraag betreft of die beperking evenredig is aan het nagestreefde doel, moet worden opgemerkt dat artikel 43, lid 9, TUSMAR bepaalt dat het de entiteiten die verplicht zijn tot inschrijving in het register van aanbieders van communicatiediensten niet is toegestaan meer dan 20 % van de totale in het SIC gerealiseerde omzet te behalen, en dat die bepaling aldus een algemene regel vaststelt die alleen geldt voor entiteiten die actief zijn in de sector elektronische communicatie.
- 61 Daarnaast voert de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling een nog specifiekere regel in dan die van artikel 43, lid 9, TUSMAR. Die specifiekere regel heeft uitsluitend betrekking op entiteiten die actief zijn in de sector elektronische communicatie zoals die voor de toepassing van die bepaling is gedefinieerd, en die meer dan 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet behalen, en verbiedt die entiteiten om meer dan 10 % van de totale in het SIC gerealiseerde omzet te behalen.
- 62 Die bepaling staat er dus in wezen aan in de weg dat één enkele onderneming, zelf of via haar dochterondernemingen, een aanzienlijk deel van de mediasector in Italië verwerft wanneer zij reeds over aanmerkelijke marktmacht beschikt in de sector elektronische communicatie in die lidstaat.
- 63 Aangezien een verbod zoals het verbod dat voortvloeit uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling een uitzondering is op de vrijheid van vestiging, staat het aan de nationale autoriteiten om aan te tonen dat die bepaling voldoet aan het evenredigheidsbeginsel, hetgeen impliceert dat de betreffende bepaling geschikt en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken en dat dit doel niet kan worden bereikt met verbodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan of minder nadelig zijn voor de uitoefening van deze vrijheid (zie naar analogie arrest van 23 december 2015, *Scotch Whisky Association e.a.*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 64 In casu moet worden opgemerkt dat uit overweging 5 van de kaderrichtlijn blijkt dat er, gelet op de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie, inderdaad relaties bestaan tussen de twee sectoren waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling betrekking heeft.
- 65 Zoals de advocaat-generaal in punt 74 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, kan het, gegeven de verwantschap tussen de sector elektronische communicatie en de mediasector, in beginsel toelaatbaar zijn dat er voor ondernemingen die reeds een „machtspositie” in de sector elektronische communicatie hebben, bepaalde drempels worden opgeworpen, zodat zij van die positie geen gebruik kunnen maken om hun positie in de mediasector te versterken.

- 66 Het Hof heeft echter geoordeeld dat in de verschillende richtlijnen die het nieuwe regelgevingskader voor elektronische-communicatiediensten vormen, waarvan de kaderrichtlijn deel uitmaakt, een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de productie van inhoud, die redactionele verantwoordelijkheid impliceert, en de overbrenging van inhoud, die geen redactionele verantwoordelijkheid impliceert, waarbij voor de inhoud en de transmissie ervan afzonderlijke regelingen met eigen doelstellingen gelden (zie in die zin arrest van 13 juni 2019, Google, C-193/18, EU:C:2019:498, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 67 Wegens dit duidelijke onderscheid tussen de productie en de overbrenging van inhoud oefenen ondernemingen die actief zijn in de sector elektronische communicatie en die zeggenschap uitoefenen over de overbrenging en transmissie van inhoud niet noodzakelijkerwijs zeggenschap uit over de productie ervan, die redactionele verantwoordelijkheid impliceert.
- 68 In casu verwijst de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling niet naar deze relaties tussen de productie en de overbrenging van inhoud en is zij evenmin aldus geformuleerd dat zij specifiek met betrekking tot die relaties van toepassing is.
- 69 Bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling wordt het entiteiten waarvan de omzet in de sector elektronische communicatie zoals die voor de toepassing van die bepaling is gedefinieerd, meer dan 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet bedraagt, op absolute wijze verboden om in het SIC een omzet te behalen die meer dan 10 % van de in dit systeem gerealiseerde omzet bedraagt.
- 70 Om vast te stellen of een bepaling zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling geschikt is om die specifieke doelstelling te verwezenlijken – waarmee wordt beoogd te verhinderen dat zich bepaalde negatieve convergentieaspecten voordoen tussen de sector elektronische communicatie en het SIC –, moet bijgevolg worden beoordeeld wat het verband is tussen de drempels waarnaar in die bepaling wordt verwezen en het gevaar voor het pluralisme in de media.
- 71 Wat om te beginnen de definitie van de sector elektronische communicatie betreft, blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat de AGCOM die sector op restrictieve wijze definieert, als markten die aan regulering ex ante kunnen worden onderworpen.
- 72 Zoals blijkt uit de artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn, gelezen in het licht van de overwegingen 25 en 27 ervan, zijn markten die aan regulering ex ante kunnen worden onderworpen, markten van de sector elektronische communicatie in het algemeen – met inbegrip van nieuwe markten – waarop er geen daadwerkelijke mededinging is en die door de Commissie zijn genoemd als relevante markten voor producten en diensten met het oog op de eventuele invoering door de bevoegde nationale autoriteiten van ex ante regulerende verplichtingen teneinde de mededingingsregels aan te vullen om moeilijkheden op die markten op te lossen (arrest van 3 december 2009, Commissie/Duitsland, C-424/07, EU:C:2009:749, punten 56 en 64).
- 73 Het mechanisme van ex ante regulerende verplichtingen is bijgevolg bestemd om specifieke problemen die zich voordoen op specifieke markten van de sector elektronische communicatie op te lossen, en niet om het pluralisme in de mediasector te garanderen door het mogelijk te maken om onder de ondernemingen die reeds aanmerkelijke marktmacht hebben in de sector elektronische communicatie, die ondernemingen te identificeren die een „aanzienlijke economische omvang” zouden kunnen verkrijgen in het SIC.
- 74 Zoals de advocaat-generaal in de punten 51, 52, 79 en 80 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, bewerkstelligt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling zoals die door de AGCOM wordt opgevat, doordat de definitie van de sector elektronische communicatie wordt beperkt tot de markten die aan regulering ex ante kunnen worden onderworpen, dat markten met een toenemend belang voor de overdracht van informatie, namelijk retaildiensten op het gebied van mobiele telefonie of andere elektronische-communicatiediensten die gekoppeld zijn aan internet alsook satellietgerelateerde

omroepdiensten, van de sector elektronische communicatie worden uitgesloten. Deze markten zijn echter uitgegroeid tot de voornaamste kanalen voor toegang tot de media, zodat het niet gerechtvaardigd is deze uit te sluiten van die definitie.

- 75 Wat voorts de in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling vermelde drempel van 10 % van de totale in het SIC gerealiseerde omzet betreft, moet worden opgemerkt dat het al dan niet behalen van een omzet die 10 % van de totale in het SIC gerealiseerde omzet bedraagt op zich geen aanwijzing is dat er gevaar bestaat voor beïnvloeding van het pluralisme in de media. Uit artikel 2, lid 1, onder s), TUSMAR blijkt immers dat het SIC diverse en gevarieerde markten omvat. Indien de totale omzet die een onderneming heeft behaald in het SIC, zou zijn behaald in één van de markten die deel uitmaken van dat systeem zodat het aandeel voor die markt beduidend hoger dan 10 % zou zijn, maar onder 10 % zou blijven wanneer alle markten die samen het SIC vormen in aanmerking worden genomen, zou het feit dat de drempel van 10 % van de totale in het SIC gerealiseerde omzet niet wordt bereikt, bijgevolg niet kunnen uitsluiten dat het pluralisme in de media op enigerlei wijze in gevaar wordt gebracht. Evenzo is het feit dat de drempel van 10 % van de totale in het SIC gerealiseerde omzet wordt bereikt of overschreden in het geval dat de drempel van 10 % van de totale in het SIC gerealiseerde omzet zou worden bereikt maar die 10 % van de omzet zou zijn verdeeld over de afzonderlijke markten die samen het SIC vormen, niet noodzakelijkerwijs een aanwijzing dat er een gevaar bestaat voor het pluralisme in de media.
- 76 Wat ten slotte het feit betreft dat de AGCOM, om de omzet vast te stellen die een onderneming in de sector elektronische communicatie of in het SIC heeft behaald, niet alleen de omzet in aanmerking neemt die is behaald via „onder zeggenschap staande” vennootschappen maar ook de omzet die is behaald via „verbonden” vennootschappen waarop de betrokken onderneming een „aanzienlijke invloed” in de zin van artikel 2359, derde alinea, van het Italiaanse burgerlijk wetboek uitoefent, moet worden opgemerkt dat uit het verzoek om prejudiciële beslissing blijkt dat een dergelijke praktijk ervoor kan zorgen dat omzet tweemaal in aanmerking wordt genomen en dat de berekening van de in het SIC behaalde omzet daardoor onjuist wordt weergegeven. Dezelfde omzet van een vennootschap die actief is in het SIC kan immers zowel in aanmerking worden genomen bij de berekening van de omzet van een onderneming die minderheidsaandeelhouder van die vennootschap is, als bij de berekening van de omzet van een onderneming die meerderheidsaandeelhouder van die vennootschap is en die daadwerkelijk zeggenschap over die vennootschap uitoefent.
- 77 Bovendien zij opgemerkt dat de „zeggenschap” die wordt uitgeoefend over een „verbonden onderneming” is gebaseerd op een ruim vermoeden dat een vennootschap een „aanzienlijke invloed” uitoefent op een andere vennootschap wanneer de eerste vennootschap één vijfde van de stemrechten kan uitoefenen in de aandeelhoudersvergadering van de tweede vennootschap dan wel één tiende van die stemrechten kan uitoefenen indien de aandelen van de eerste vennootschap op de gereguleerde markten zijn genoteerd. Die omstandigheden lijken echter niet te kunnen leiden tot de vaststelling dat de eerste vennootschap op de tweede daadwerkelijk een invloed kan uitoefenen die schadelijk kan zijn voor het pluralisme in de media en op informatiegebied.
- 78 In een situatie zoals die in het hoofdgeding is het gelijkstellen van de situatie van een „onder zeggenschap staande vennootschap” met die van een „verbonden vennootschap” in het kader van de berekening van de door een onderneming in de sector elektronische communicatie of in het SIC behaalde omzet, bijgevolg niet verenigbaar met de doelstelling die met de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling wordt nagestreefd.
- 79 Derhalve kan die bepaling niet worden geacht het ermee nagestreefde doel te kunnen verwezenlijken, aangezien zij drempels vaststelt die geen verband houden met het gevaar voor het pluralisme in de media, daar op basis van die drempels niet kan worden bepaald of en in hoeverre een onderneming daadwerkelijk in staat is invloed uit te oefenen op de inhoud van de media.

- 80 Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die tot gevolg heeft dat een in een andere lidstaat geregistreerde vennootschap waarvan de omzet in de sector elektronische communicatie zoals die voor de toepassing van die regeling is gedefinieerd, meer dan 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet bedraagt, wordt belet in het SIC een omzet te behalen die meer dan 10 % van de in dit systeem gerealiseerde omzet bedraagt.

Kosten

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

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die tot gevolg heeft dat een in een andere lidstaat geregistreerde vennootschap waarvan de omzet in de sector elektronische communicatie zoals die voor de toepassing van die regeling is gedefinieerd, meer dan 40 % van de totale in deze sector gerealiseerde omzet bedraagt, wordt belet in het geïntegreerd communicatiesysteem een omzet te behalen die meer dan 10 % van de in dit systeem gerealiseerde omzet bedraagt.

ondertekeningen