



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 3 września 2020 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Łączność elektroniczna – Artykuł 11 ust. 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Wolność i pluralizm mediów – Swoboda przedsiębiorczości – Artykuł 49 TFUE – Dyrektywa 2002/21/WE – Artykuły 15 i 16 – Uregulowanie krajowe zakazujące przedsiębiorstwu posiadającemu znaczącą pozycję na rynku w danym sektorze uzyskania „istotnego wymiaru gospodarczego” w innym sektorze – Obliczanie przychodów osiągniętych w sektorze łączności elektronicznej i w sektorze mediów – Definicja sektora łączności elektronicznej – Ograniczenie do rynków będących przedmiotem regulacji ex ante – Uwzględnienie przychodów spółek powiązanych – Ustalenie innego progu przychodów dla spółek działających w sektorze łączności elektronicznej

W sprawie C-719/18

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy) postanowieniem z dnia 26 września 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 listopada 2018 r., w postępowaniu:

Vivendi SA

przeciwko

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

przy udziale:

Mediaset SpA,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: E. Regan, prezes izby, I. Jarukaitis (sprawozdawca), E. Juhász, M. Ilešič i C. Lycourgos, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: R. Šereš, administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 9 października 2019 r.,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu Vivendi SA – G. Scassellati Sforzolini, G. Faella, C.F. Emanuele i M. D’Ostuni, avvocati,

* Język postępowania: włoski.

- w imieniu Mediaset SpA – A. Catricalà, D. Lipani, C.E. Cazzato, G.M. Roberti, G. Bellitti i M. Serpone, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego – G. Palmieri, w charakterze pełnomocnika, wspierana przez S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej – L. Armati, L. Nicolae i L. Malferrari, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 18 grudnia 2019 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 49, 56 i 63 TFUE, a także art. 15 i 16 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywy ramowej) (Dz.U. 2002, L 108, s. 33), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz.U. 2009, L 337, s. 37) (zwanej dalej „dyrektywą ramową”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Vivendi SA a Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (urzędem regulacyjnym do spraw komunikacji, Włochy) (zwanym dalej „AGCOM”) i Mediaset SpA w przedmiocie przepisu prawa włoskiego zakazującego przedsiębiorstwu osiągnięcia przychodów przekraczających 10% całkowitych przychodów osiągniętych w zintegrowanym systemie łączności (Sistema Integrato delle Comunicazioni, zwanym dalej „SIC”), w sytuacji gdy przedsiębiorstwo to posiada udział przekraczający 40% w całkowitych przychodach osiągniętych w sektorze łączności elektronicznej.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa ramowa

- 3 Motywy 5, 25 i 27 dyrektywy ramowej stanowią:
„(5) Konwergencja sektorów telekomunikacji, mediów i technologii informacyjnych oznacza, iż wszelkie sieci i usługi związane z przekazywaniem informacji powinny zostać objęte jednolitymi unormowaniami prawnymi [...]. Konieczne jest oddzielenie unormowań dotyczących sposobów przekazywania informacji od unormowań dotyczących ich treści. Powyższe ramy prawne nie obejmują więc zagadnień związanych z treścią usług świadczonych za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej przy wykorzystaniu usług łączności elektronicznej, takich jak zagadnienia treści nadawanych programów, usług finansowych lub niektórych usług społeczeństwa informacyjnego, i dlatego nie stoją one w sprzeczności ze środkami podejmowanymi przez [Unię] lub na szczeblu krajowym w odniesieniu do takich usług, zgodnie z przepisami prawa [Unii] i w celu promowania kulturowej i językowej różnorodności oraz ochrony pluralizmu w mediach [...]. Oddzielenie unormowań dotyczących sposobów przekazywania informacji od unormowań dotyczących ich treści nie stoi jednak na przeszkodzie uwzględnianiu występujących pomiędzy nimi powiązań, w szczególności w celu zapewnienia pluralizmu mediów, różnorodności kulturowej i ochrony konsumenta.

[...]

- (25) W pewnych okolicznościach zachodzi potrzeba uprzedniego ustanowienia obowiązków dla zapewnienia rozwoju konkurencyjnego rynku. Definicja znacznego udziału w rynku zawarta w dyrektywie 97/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. w sprawie wzajemnych połączeń w telekomunikacji ze względu na zapewnienie usług powszechnych oraz interoperacyjności poprzez zastosowanie zasady otwartej sieci (ONP) [(Dz.U. 1997, L 199, s. 32)] okazała się skuteczna we wstępnych fazach otwarcia rynku jako próg uprzedniego ustanawiania obowiązków, jednakże obecnie powinna być dostosowana do wymogów rynku bardziej złożonego i dynamicznego. Dlatego też definicja używana w niniejszej dyrektywie odpowiada koncepcji pozycji dominującej, tak jak została ona zdefiniowana w orzecznictwie Trybunału [...] i Sądu [...].

[...]

- (27) Ważne jest, by ustanowione uprzednio obowiązki prawne były nakładane w razie braku efektywnej konkurencji, tj. na rynkach, gdzie działa jedno lub więcej przedsiębiorstw o znaczącej pozycji rynkowej, oraz w razie gdy środki podejmowane na mocy przepisów [unijnego] lub krajowego prawa konkurencji okazały się niewystarczające dla rozwiązania problemu. W takiej sytuacji Komisja [Europejska] przygotowuje, zgodnie z zasadami prawa konkurencji, projekt wytycznych wyznaczających kierunki działania Wspólnoty, według których to wytycznych krajowe organy regulacyjne będą postępować przy ocenie, czy konkurencja jest efektywna oraz czy mamy do czynienia ze znaczną pozycją rynkową [...].

4 Artykuł 1 tej dyrektywy, zatytułowany „Cel i zakres”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ustanawia zharmonizowane ramy prawne dla świadczenia usług łączności elektronicznej, sieci łączności elektronicznej, urządzeń i usług towarzyszących i niektórych aspektów urządzeń końcowych, aby ułatwić dostęp użytkownikom niepełnosprawnym. Określa zadania krajowych organów regulacyjnych oraz procedury zmierzające do zapewnienia zharmonizowanego stosowania uregulowań prawnych w obrębie [Unii].”

2. Postanowienia niniejszej dyrektywy, jak również dyrektyw szczegółowych, nie uchybiają wymogom określonym w przepisach prawa krajowego zgodnie z prawem [Unii] ani w przepisach prawa [Unii] dotyczących usług świadczonych przy użyciu sieci i usług łączności elektronicznej.

3. Postanowienia niniejszej dyrektywy, jak również dyrektyw szczegółowych nie stoją na przeszkodzie podejmowaniu przez [Unię] lub państwa członkowskie, zgodnie z przepisami prawa [Unii], środków niezbędnych do realizacji ogólnych interesów, w szczególności związanych z unormowaniami dotyczącymi treści programów i polityką audiowizualną

[...]”.

5 Artykuł 2 owej dyrektywy, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„[...]”

- c) »usługa łączności elektronicznej« oznacza usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem, polegającą całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, w tym usługi telekomunikacyjne i usługi transmisyjne świadczone poprzez sieci nadawcze; nie obejmuje jednak usług związanych z zapewnianiem albo wykonywaniem kontroli treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej [...];

[...]”.

6 Artykuł 15 tej samej dyrektywy, zatytułowany „Procedura określania i definiowania rynków”, stanowi:

„1. Po przeprowadzeniu konsultacji publicznych, w tym konsultacji z krajowymi organami regulacyjnymi, a także po uwzględnieniu w jak największym stopniu opinii [Organu Europejskich Operatorów Łączności Elektronicznej (BEREC)], Komisja, zgodnie z procedurą doradczą, o której mowa w art. 22 ust. 2, przyjmuje zalecenie w sprawie odnośnych rynków produktów i usług (»zalecenie«). Zalecenie określa te rynki produktów i usług sektora łączności elektronicznej, których cechy mogą uzasadnić nałożenie wymogów regulacyjnych określonych w dyrektywach szczegółowych, bez uszczerbku dla rynków, które mogą być zdefiniowane w szczególnych przypadkach na podstawie przepisów prawa konkurencji. Komisja definiuje rynki zgodnie z zasadami prawa konkurencji.

Komisja regularnie dokonuje przeglądu zalecenia.

2. Komisja opublikuje, najpóźniej w dniu wejścia w życie niniejszej dyrektywy, wytyczne dotyczące analizy rynku i oceny znacznej pozycji rynkowej (zwane dalej »wytycznymi«), które winny być zgodne z przepisami prawa konkurencji.

3. Uwzględniając w jak największym stopniu treść zalecenia oraz wytycznych, krajowe organy regulacyjne definiują – zgodnie z zasadami prawa konkurencji – odnośne rynki stosownie do okoliczności krajowych, a w szczególności odnośne rynki geograficzne na swoim terytorium. Krajowe organy regulacyjne postępują zgodnie z procedurami, o których mowa w art. 6 i 7, zanim zdefiniują rynki różne od tych, które zdefiniowano w zaleceniu.

4. Po przeprowadzeniu konsultacji, w tym konsultacji z krajowymi organami regulacyjnymi, Komisja – w jak największym stopniu uwzględniając opinię BEREC, może przyjąć decyzję określającą rynki ponadnarodowe [...]”.

7 Artykuł 16 dyrektywy ramowej, zatytułowany „Procedura analizy rynku”, przewiduje:

„1. Krajowe organy regulacyjne przeprowadzają analizę odnośnych rynków, biorąc pod uwagę rynki określone w zaleceniu oraz w jak największym stopniu uwzględniając treść wytycznych. Państwa członkowskie zapewniają, aby taka analiza została przeprowadzona w miarę potrzeby we współpracy z krajowymi organami odpowiedzialnymi za ochronę konkurencji.

2. W przypadku gdy na podstawie przepisów ust. 3 lub 4 niniejszego artykułu, art. 17 dyrektywy 2002/22/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników] (dyrektywa o usłudze powszechnej) [(Dz.U. 2002, L 108, s. 51)] lub art. 8 dyrektywy 2002/19/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń] (dyrektywa o dostępie) [(Dz.U. 2002, L 108, s. 7)] krajowy organ regulacyjny zobowiązany jest podjąć decyzję w sprawie nałożenia, utrzymania, zmiany lub uchylecia obowiązków w odniesieniu do przedsiębiorstw, stwierdza on na podstawie dokonanej analizy rynku, o której mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, czy na odnośnym rynku występuje skuteczna konkurencja.

3. Jeżeli krajowy organ regulacyjny ustali, że na danym rynku występuje efektywna konkurencja, nie będzie nakładać ani utrzymywać żadnych specyficznych wymogów, o których mowa w ust. 2 niniejszego artykułu. W przypadku gdy dla danego specyficznego sektora istnieją już wymogi prawne, organ regulacyjny uchyli wymogi nałożone na przedsiębiorstwa na tym odnośnym rynku. Osobom, których uchylenie takich wymogów będzie dotyczyło, zostanie przyznane prawo złożenia wypowiedzenia w odpowiednim terminie.

4. W przypadku gdy krajowy organ regulacyjny ustali, że na odnośnym rynku nie występuje skuteczna konkurencja, wskazuje on przedsiębiorstwa, które samodzielnie lub wspólnie z innymi posiadają znaczącą pozycję na tym rynku, zgodnie z art. 14. Krajowy organ regulacyjny nakłada na takie przedsiębiorstwa odpowiednie szczególne wymogi regulacyjne, o których mowa w ust. 2 niniejszego artykułu, lub utrzymuje lub zmienia już istniejące wymogi.

[...]”.

Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych

- 8 Motywy 5 i 8 dyrektywy 2010/13/EWG Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych) (Dz.U. 2010, L 95, s. 1) (zwanej dalej „dyrektywą o audiowizualnych usługach medialnych”) stanowią:

„(5) Audiowizualne usługi medialne są usługami o charakterze zarówno kulturalnym, jak i gospodarczym. Ich rosnące znaczenie dla społeczeństw, demokracji – polegające w szczególności na zapewnianiu wolności informacji, różnorodności opinii i pluralizmu mediów – oraz dla edukacji i kultury uzasadnia stosowanie do tych usług zasad szczególnych.

[...]

(8) Państwa członkowskie muszą przeciwdziałać wszelkim działaniom mogącym zagrozić swobodzie przepływu oraz wymianie handlowej programów telewizyjnych, a także działaniom mogącym prowadzić do tworzenia pozycji dominującej nadawcy, stanowiącej ograniczenie pluralizmu i swobody nadawania informacji telewizyjnych oraz całemu sektorowi wymiany informacji”.

Włoskie prawo krajowe

TUSMAR

- 9 Decreto legislativo n. 177 – Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (dekret ustawodawczy nr 177 wprowadzający tekst jednolity prawa o audiowizualnych i radiofonicznych usługach medialnych) z dnia 31 lipca 2005 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 208 z dnia 7 września 2005 r.), w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym (zwany dalej „TUSMAR”), stanowi w art. 2 ust. 1 lit. s):

„[SIC] obejmuje następujące rodzaje działalności: gazety codzienne i czasopisma; publikacje roczne i elektroniczne również w Internecie; radiowe i audiowizualne usługi medialne; kinematografię; reklamę zewnętrzną; działania w zakresie rozpowszechniania produktów i usług; sponsoring”.

- 10 Artykuł 43 TUSMAR, zatytułowany „Pozycja dominująca w [SIC]”, stanowi:

„1. Podmioty działające w [SIC] są zobowiązane do zgłaszania [AGCOM] porozumień i koncentracji, tak aby mógł on sprawdzić zgodność z zasadami określonymi w ust. 7, 8, 9, 10, 11 i [...], zgodnie z procedurami określonymi we właściwych przepisach wydanych przez ten urząd.

[...]

5. Dostosowując się do zmian w charakterystyce rynków [...] [AGCOM] podejmuje niezbędne środki, aby wyeliminować pozycje określone w ust. 7, 8, 9, 10, 11 [...] lub jakąkolwiek inną pozycję szkodliwą dla pluralizmu lub zapobiec ich powstaniu [...].

7. Przy pełnym wdrożeniu krajowego planu przydzielania częstotliwości radiowych i telewizyjnych w trybie cyfrowym ten sam dostawca treści nie może – nawet za pośrednictwem spółek, które można uznać za kontrolowane przez niego lub z nim powiązane w rozumieniu ust. 13, 14 i 15 – być posiadaczem zezwoleń, dzięki którym może emitować ponad 20% wszystkich programów telewizyjnych lub ponad 20% programów radiowych nadających się do rozpowszechniania drogą naziemną na poziomie krajowym w przewidzianych na tym poziomie sieciach.

8. Do momentu pełnego wdrożenia krajowego planu przydzielania częstotliwości telewizyjnych w trybie cyfrowym limit ustalony dla całkowitej liczby programów na podmiot wynosi 20% i jest obliczany w stosunku do całkowitej liczby programów telewizyjnych, które – również w rozumieniu art. 23 ust. 1 legge n. 112 – Norma di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana SpA, nonche’delega al Governo per l’Emanazione del testo unico della radiotelevisione (ustawy nr 112 ustanawiającej zasadnicze zasady dotyczące struktury systemu radiowego i telewizyjnego oraz RAI-Radiotelevisione italiana SpA, a także upoważniającej rząd do opublikowania tekstu jednolitego dotyczącego systemu radiowego i telewizyjnego) z dnia 3 maja 2004 r. [(dodatek zwyczajny do GURI nr 104 z dnia 5 maja 2005 r.)], są koncesjonowane lub rozpowszechniane na poziomie krajowym na naziemnych częstotliwościach radiowych, zarówno w trybie analogowym, jak i cyfrowym. Programy telewizyjne rozpowszechniane w trybie cyfrowym mogą stanowić część podstawy obliczania, jeżeli obejmują 50% populacji. Przy obliczaniu, czy limit 20% jest przestrzegany, nie uwzględnia się programów, które stanowią równoczesną retransmisję programów rozpowszechnianych w systemie analogowym. Niniejsze kryterium obliczania ma zastosowanie wyłącznie do podmiotów, które rozpowszechniają w sposób cyfrowy programy obejmujące 50% populacji krajowej.

9. Chociaż zakaz tworzenia pozycji dominujących na każdym z rynków, z których składa się [SIC], nadal obowiązuje, podmioty zobowiązane wpisać się do rejestru operatorów łączności ustanowionego na podstawie art. 1 ust. 6 [lit.] a) [pkt] 5 legge n. 249 – Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo (ustawy nr 249 ustanawiającej urząd regulacyjny do spraw komunikacji i normy dotyczące systemów telekomunikacyjnych i radiowo-telewizyjnych) z dnia 31 lipca 1997 r. [(dodatek zwyczajny do GURI nr 177 z dnia 31 lipca 1997 r.)] nie mogą, ani bezpośrednio, ani za pośrednictwem innych podmiotów, które kontrolują lub z którymi są powiązane w rozumieniu ust. 14 i 15, uzyskiwać przychodów przekraczających łącznie 20% całkowitych przychodów w [SIC].

10. Przychodami, o których mowa w ust. 9, są przychody pochodzące z finansowania publicznych usług radiowo-telewizyjnych, po odliczeniu praw należnych skarbowi państwa, z krajowej i lokalnej reklamy, również bezpośredniej, telezakupów, sponsorowania, działalności zakresie rozpowszechniania produktu prowadzonej w punktach sprzedaży, z wyłączeniem upustów cenowych, umów o charakterze ciągłym zawieranych z podmiotami publicznymi oraz pomocy publicznej udzielanej bezpośrednio podmiotom prowadzącym działalność określoną w art. 2 ust. 1 [lit.] s), ofert telewizji płatnej, prenumeraty i sprzedaży gazet codziennych i czasopism, w tym produktów drukowanych i fonograficznych wprowadzanych do obrotu jako dodatki, a także agencji prasowych o charakterze krajowym, publikacji elektronicznych i publikowania katalogów, w tym w Internecie, reklamy online i w różnych serwisach, w tym w formie bezpośredniej, a także środki pochodzące z wyszukiwarek i serwisów społecznościowych oraz z korzystania z utworów kinematograficznych w różnych formach, w których publiczność ma do nich dostęp.

11. Przedsiębiorstwa, których przychody osiągnięte w sektorze łączności elektronicznej określonym w art. 18 decreto legislativo n. 259 – Codice delle comunicazioni elettroniche (dekrecie ustawodawczym nr 259 ustanawiającym kodeks łączności elektronicznej) z dnia 1 sierpnia 2003 r.

[(dodatek zwyczajny do GURI nr 214 z dnia 15 września 2003 r.)], również za pośrednictwem spółek kontrolowanych lub powiązanych, są wyższe niż 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, nie mogą uzyskać w [SIC] przychodów przekraczających 10% przychodów osiągniętych w tym systemie.

[...]

13. Do celów stwierdzenia pozycji dominującej zakazanej na mocy niniejszego tekstu jednolitego w [SIC] uwzględnia się również udziały w kapitale nabyte lub w każdym razie posiadane za pośrednictwem spółek kontrolowanych, choćby pośrednio, oraz spółek powierniczych lub przez osobę pośredniczącą. Za nabyte uznaje się udziały, których własność przechodzi z jednego podmiotu na drugi, w szczególności w wyniku operacji łączenia, podziału, cesji, przeniesienia spółek lub innych, które ich dotyczą lub też mają związek z takimi operacjami. Jeżeli pomiędzy różnymi akcjonariuszami, niezależnie od formy, w jakiej zostały zawarte, istnieją porozumienia, które dotyczą uzgodnionego sposobu głosowania lub w każdym razie zarządzania daną spółką i które różnią się od ich zwykłej wzajemnej konsultacji, uznaje się, że każdy z nich posiada wszystkie akcje lub udziały posiadane lub kontrolowane przez strony.

14. Dla celów niniejszego tekstu jednolitego kontrola istnieje, w szczególności w odniesieniu do podmiotów innych niż spółki, w przypadkach przewidzianych w art. 2359 akapity pierwszy i drugi kodeksu cywilnego.

15. Kontrolę uważa się za istniejącą w formie wywierania dominującego wpływu – w braku dowodu przeciwnego – w jednej z następujących sytuacji:

- a) istnieje podmiot, który sam lub w porozumieniu z innymi akcjonariuszami dysponuje większością głosów na zwyczajnym walnym zgromadzeniu lub ma możliwość powoływania lub odwoływania większości członków zarządu;
- b) istnieją - w szczególności między wspólnikami – powiązania finansowe, organizacyjne lub gospodarcze, które mogą wywołać jeden z następujących skutków:
 - 1) transfer zysków i strat;
 - 2) koordynacja zarządzania przedsiębiorstwem z zarządzaniem innymi przedsiębiorstwami zmierzająca do osiągnięcia wspólnego celu;
 - 3) przyznanie uprawnień przekraczających uprawnienia związane z posiadanymi akcjami lub udziałami;
 - 4) przyznanie uprawnień w zakresie wyboru członków zarządu i kadry zarządzającej przedsiębiorstwami podmiotom innym niż podmioty, które zgodnie z prawem opierają się na strukturze własności;
- c) istnieje stosunek podporządkowania względem wspólnej dyrekcji, który może wynikać w szczególności z właściwości składu organów administracyjnych lub innych elementów istotnych i jakościowych.

[...]”.

Kodeks cywilny

- 11 Artykuł 2359 kodeksu cywilnego, zatytułowany „Spółki zależne i powiązane”, stanowi, że:

„Za spółki zależne uważa się:

- 1) spółki, w których inna spółka dysponuje większością głosów na zwyczajnym zgromadzeniu;

- 2) spółki, w których inna spółka dysponuje wystarczającą ilością głosów, by wywierać dominujący wpływ na zwyczajnym zgromadzeniu;
- 3) spółki, w których inna spółka wywiera dominujący wpływ ze względu na szczególne powiązania umowne.

Dla celów zastosowania pkt 1 i 2 akapit pierwszy uwzględnia się również głosy należące do spółek zależnych, spółek powierniczych i podmiotów pośredniczących; nie uwzględnia się głosów należących do osób trzecich.

Spółkami powiązanymi są spółki, na które inna spółka wywiera znaczący wpływ. Istnieje domniemanie znaczącego wpływu, gdy inna spółka dysponuje co najmniej jedną piątą głosów lub jedną dziesiątą głosów w przypadku spółek notowanych na rynkach regulowanych”.

Kodeks łączności elektronicznej

- 12 Artykuł 18 dekretu ustawodawczego nr 259 ustanawiającego kodeks łączności elektronicznej, w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym (zwanego dalej „kodeksem łączności elektronicznej”) jest zatytułowany „Procedura określania i określania rynków”. Artykuł ten stanowi:

„1. Mając w najwyższym stopniu na uwadze zalecenia dotyczące odnośnych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej, zwane dalej »zaleceniami«, oraz wytyczne, [AGCOM] określa odnośne rynki zgodnie z zasadami prawa konkurencji oraz na podstawie cech właściwości i struktury krajowego rynku łączności elektronicznej. [AGCOM] postępuje zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 11 i 12, zanim zdefiniuje rynki różne od tych, które zdefiniowano w zaleceniu”.

Ustawa nr 249 z dnia 31 lipca 1997 r.

- 13 Ustawa nr 249 z dnia 31 lipca 1997 r. w art. 1 ust. 6 lit. a) pkt 5 wymienia wśród kompetencji AGCOM, co następuje:

„[AGCOM] prowadzi rejestr operatorów łączności, do którego zgodnie z niniejszą ustawą zobowiązani są dokonać wpisu operatorzy, którym [AGCOM] lub inne właściwe organy udzielają koncesji lub zezwoleń zgodnie z obowiązującymi przepisami, przedsiębiorstwa świadczące usługi w zakresie reklamy rozpowszechnianej za pomocą sprzętu radiowego lub telewizyjnego lub w gazetach codziennych lub periodycznych, przedsiębiorstwa zajmujące się produkcją i dystrybucją programów radiowych i telewizyjnych, wydawnictwa dzienników, periodyków lub przeglądów oraz krajowe agencje prasowe, a także przedsiębiorstwa świadczące usługi telematyczne i telekomunikacyjne, w tym wydawnictwa elektroniczne i cyfrowe; wpisana do rejestru jest również infrastruktura nadawcza działająca na terytorium krajowym. [AGCOM] wydaje właściwe przepisy regulujące organizację i prowadzenie rejestru, a także ustalenie kryteriów określania podmiotów zobowiązanych dokonać wpisu, niezależnie od podmiotów, które zostały już wpisane do rejestru w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 14 Vivendi, spółka prawa francuskiego wpisana do rejestru przedsiębiorstw w Paryżu (Francja), jest spółką dominującą w grupie działającej w sektorze mediów oraz tworzenia i dystrybucji treści audiowizualnych.

- 15 Vivendi posiada 23,9% udziałów w kapitale Telecom Italia SpA, spółki, którą kontroluje od czasu, gdy uzyskała w istocie większość praw głosu w zgromadzeniu tej spółki podczas głosowania, które miało miejsce na walnym zgromadzeniu w dniu 4 maja 2017 r.
- 16 W dniu 8 kwietnia 2016 r. Vivendi, Mediaset i Reti Televisive Italiane SpA zawarły umowę o partnerstwie strategicznym, na mocy której Vivendi nabyło 3,5% kapitału zakładowego Mediaset i 100% kapitału zakładowego Mediaset Premium SpA, przekazując w zamian na rzecz Mediaset 3,5% swojego kapitału zakładowego.
- 17 W wyniku różnic stanowisk dotyczących tej umowy Vivendi rozpoczęło w grudniu 2016 r. kampanię wrogiego przejścia udziałów w Mediaset. W ten sposób w dniu 22 grudnia 2016 r. Vivendi posiadało 28,8% kapitału zakładowego Mediaset i 29,94% praw głosu na walnym zgromadzeniu tej spółki. Ten znaczny udział mniejszościowy nie pozwalał mu jednak na sprawowanie kontroli nad Mediaset, która pozostawała pod kontrolą grupy Fininvest.
- 18 W tej sytuacji w dniu 20 grudnia 2016 r. Mediaset wniosła do AGCOM skargę, w której podniosła, że Vivendi naruszyło art. 43 ust. 11 TUSMAR (zwany dalej „przepisem rozpatrywanym w postępowaniu głównym”) ze względu na to, że udziały, jakie Vivendi posiada w Telecom Italia i Mediaset, skutkują tym, że przychody Vivendi osiągnięte w sektorze łączności elektronicznej z jednej strony i w SIC z drugiej strony przekraczają, jej zdaniem, progi przewidziane przez ten przepis, zgodnie z którym przedsiębiorstwa, których przychody osiągnięte w sektorze łączności elektronicznej, w tym za pośrednictwem spółek zależnych lub powiązanych, przekraczają 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, nie mogą uzyskać w SIC przychodów przekraczających 10% przychodów osiągniętych w tym systemie.
- 19 Decyzją z dnia 18 kwietnia 2017 r. (zwaną dalej „decyzją AGCOM”) AGCOM uznał, że Vivendi naruszyło przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym. W tym względzie organ ten wskazał, że Vivendi było spółką powiązaną z Telecom Italia i Mediaset, ponieważ posiadało ponad jedną piątą praw głosu na walnym zgromadzeniu każdej z tych spółek, że Vivendi uzyskało 59% przychodów osiągniętych w sektorze łączności elektronicznej, na który składają się detaliczne usługi w sieci stacjonarnej, usługi hurtowe w sieci stacjonarnej lub ruchomej, usługi rozpowszechniania telewizyjnego dotyczące transmisji treści na rzecz użytkowników końcowych, i że Mediaset uzyskała 13,3% przychodów osiągniętych w ramach SIC. W decyzji tej AGCOM nakazał również Vivendi zaprzestanie nabywania udziałów w kapitale Mediaset lub w kapitale Telecom Italia w terminie dwunastu miesięcy.
- 20 W decyzji tej AGCOM uznał w szczególności, że jedynie rynki, które były przedmiotem regulacji na podstawie art. 15 i 16 dyrektywy ramowej, były istotne dla celów stosowania przepisu rozpatrywanego w postępowaniu głównym. Wyjaśnił on również, że przepis ten ma na celu ochronę pluralizmu mediów i że w szczególności jego celem jest uniknięcie, w świetle nasilającego się zjawiska konwergencji pomiędzy telekomunikacją i mediami, zakłóceń pluralizmu mediów, które mogą wystąpić, w przypadku gdy przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję na rynku w sektorze łączności elektronicznej uzyskuje „istotny wymiar gospodarczy” w SIC. W tym kontekście AGCOM dodał, że granice określone w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym mają charakter automatyczny, ponieważ mają zastosowanie niezależnie od jakiegokolwiek analizy tych zakłóceń i niezależnie od wszelkich rozważań dotyczących prawa konkurencji.
- 21 W dniu 6 kwietnia 2018 r. Vivendi zastosowało się do nakazu skierowanego do niego przez AGCOM, przenosząc na spółkę trzecią 19,19% akcji Mediaset, odpowiadających 19,95% praw głosu na walnym zgromadzeniu tej spółki. W ten sposób Vivendi zachowało bezpośredni udział w kapitale Mediaset wynoszący mniej niż 10% głosów na walnym zgromadzeniu tej spółki.
- 22 Vivendi wniosło jednak skargę na decyzję AGCOM do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy), będącego sądem odsyłającym.

- 23 W skardze tej w pierwszej kolejności Vivendi podnosi, że AGCOM nieprawidłowo zdefiniował sektor łączności elektronicznej, ponieważ w celu obliczenia całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze AGCOM powinien był wziąć pod uwagę wszystkie rynki rzeczywiście składające się na sektor łączności elektronicznej, a nie tylko ich część, a mianowicie te, które były przedmiotem decyzji w sprawie analizy rynku mającej na celu stwierdzenie obecności operatora zajmującego pozycję dominującą i wykluczającej istotne rynki, takie jak rynek detalicznych usług telefonii ruchomej.
- 24 W drugiej kolejności Vivendi twierdzi, że AGCOM błędnie zinterpretował pojęcie „spółki powiązanej” w rozumieniu art. 2359 akapit trzeci kodeksu cywilnego, biorąc pod uwagę przychody osiągnięte przez spółki należące do grupy Mediaset, podczas gdy nie są one ani kontrolowane przez Vivendi, ani z nim związane, a Vivendi nie wywiera na nie żadnego „znaczącego wpływu” w rozumieniu tego przepisu.
- 25 W trzeciej kolejności Vivendi podnosi naruszenie art. 49, 56 i 63 TFUE, ponieważ jego zdaniem decyzja AGCOM ogranicza możliwość nabycia przez spółkę zarejestrowaną we Francji mniejszościowego udziału w spółce zarejestrowanej we Włoszech.
- 26 W czwartej kolejności Vivendi twierdzi, że przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym jest dyskryminujący, ponieważ w odniesieniu do niektórych innych podmiotów gospodarczych działających w sektorze łączności elektronicznej przepis ten ustanawia próg przychodów osiągniętych w SIC na poziomie 20%, zamiast 10%.
- 27 AGCOM podnosi, że podstawą prawną zakazu uzyskania „istotnego wymiaru gospodarczego” w SIC, przewidzianego w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym, jest zasada pluralizmu mediów, uznana w szczególności w art. 11 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, oraz motyw 8 dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. Ponadto AGCOM podkreśla, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału podstawowe swobody mogą podlegać ograniczeniom w celu zapewnienia pluralizmu mediów w państwach członkowskich.
- 28 W tym kontekście sąd odsyłający zauważa, że konieczne jest dokonanie oceny adekwatności i proporcjonalności ograniczeń wprowadzonych przez przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym w stosunku nie tylko do swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług i swobodnego przepływu kapitału, lecz również do zasad takich jak wolność i pluralizm mediów.
- 29 W tej sytuacji Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy, mimo iż do kompetencji państw członkowskich należy ustalenie, czy przedsiębiorstwa mają pozycję dominującą (a w konsekwencji nałożenie na nie konkretnych obowiązków), jest, czy też nie jest sprzeczny z prawem Unii Europejskiej, w szczególności z zasadą swobody przepływu kapitału ustanowioną w art. 63 TFUE, [przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym], w zakresie, w jakim – poprzez odniesienie do art. 18 Codice delle comunicazioni elettroniche (kodeksu łączności elektronicznej) – ogranicza się rozpatrywany sektor do rynków, które podlegają regulacji ex ante, pomimo powszechnie znanego faktu, że informacje (których pluralizm jest celem przepisu) są w coraz większym stopniu przekazywane za pośrednictwem Internetu, komputerów osobistych i telefonów komórkowych, co powoduje, iż nieuzasadnione może być wyłączenie z sektora w szczególności usług detalicznych telefonii komórkowej tylko dlatego, że są one świadczone w warunkach pełnej konkurencji? W odniesieniu do powyższego należy również wziąć pod uwagę okoliczność, że AGCOM wyznaczył granice sektora łączności elektronicznej w celu zastosowania [przepisu rozpatrywanego w postępowaniu głównym], biorąc pod uwagę jedynie rynki, na których przeprowadzono co najmniej jedną analizę od chwili wejścia w życie [kodeksu łączności elektronicznej], to znaczy od 2003 r. do chwili obecnej, oraz dochody uzyskane od ostatniej oceny zysku przeprowadzonej w 2015 r.

- 2) Czy zasady swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, o których mowa w art. 49 i 56 TFUE, art. 15 i 16 [dyrektywy ramowej], mające na celu ochronę pluralizmu i wolności słowa, a także ustanowiona w prawie Unii zasada proporcjonalności stoją na przeszkodzie zastosowaniu przepisu prawa krajowego dotyczącego audiowizualnych i radiofonicznych usług medialnych, takiego jak [uregulowanie] prawa włoskiego [zawarte w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym i w] art. 43 ust. 14 [TUSMAR], zgodnie z którym dochody, które są istotne dla określenia drugiego progu w wysokości 10%, mają również zastosowanie do przedsiębiorstw niebędących spółkami zależnymi lub spółkami podlegającymi wpływowi dominującemu, lecz tylko „spółkami powiązanymi” w rozumieniu art. 2359 kodeksu cywilnego (przywołanego w art. 43 ust. 14), nawet jeżeli nie ma możliwości wywierania na te spółki jakiegokolwiek wpływu pod względem rozpowszechniania informacji?
- 3) Czy zasady swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług ustanowione w art. 49 i 56 TFUE, art. 15–16 [dyrektywy ramowej], zasady dotyczące ochrony pluralizmu źródeł informacji i konkurencji w sektorze radiowym i telewizyjnym, o których mowa w [dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych] i w [dyrektywie ramowej], stoją na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak [TUSMAR], który w art. 43 ust. 9 i [w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym] przewiduje bardzo różne progi (odpowiednio 20% i 10%) dla „podmiotów zobowiązanych do wpisania się do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, utworzonego na podstawie art. 1 ust. 6 lit. a) pkt 5 ustawy nr 249 z dnia 31 lipca 1997 r.” (to znaczy podmiotów, które otrzymały koncesję lub zezwolenie wydane na podstawie obowiązujących przepisów przez AGCOM lub inny właściwy organ administracji, a także przedsiębiorstw świadczących usługi reklamowe, przedsiębiorstw wydawniczych itd., o których mowa w ust. 9 w odniesieniu do przedsiębiorstw działających w sektorze łączności elektronicznej, jak wcześniej określono [w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym])?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

- 30 Rząd włoski uważa, że pytanie pierwsze jest hipotetyczne, ponieważ nawet gdyby sektor łączności elektronicznej został określony w sposób szerszy, udział Vivendi w roku odniesienia byłby – ze względu na kontrolę, jaką sprawuje ono nad Telecom Italia – równy 45,9% przychodów osiągniętych w tym sektorze. W konsekwencji próg 40% przewidziany w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym zostałby i tak przekroczony.
- 31 Mediaset twierdzi, że cały wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny, ponieważ sąd odsyłający nie określa krajowych ram prawnych w sposób jasny i spójny ani nie wyjaśnia, jakie znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym mają niektóre przepisy prawa Unii, do których odwołuje się w tym wniosku.
- 32 W tym względzie należy przypomnieć, że jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór w postępowaniu głównym i na którym spoczywa odpowiedzialność za wydanie orzeczenia, należy – przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy – zarówno ocena, czy do wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, które przedkłada on Trybunałowi. W konsekwencji jeśli postawione pytania dotyczą wykładni przepisu prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (wyrok z dnia 10 grudnia 2018 r., Wightman i in., C-621/18, EU:C:2018:999, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 33 Oznacza to, że pytania dotyczące prawa Unii korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o które wnioskował sąd krajowy, jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnosi sąd

krajowy, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym czy przedmiotem głównego sporu, gdy problem ma charakter hipotetyczny lub gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia przydatnej odpowiedzi na pytania, które zostały mu postawione (wyrok z dnia 10 grudnia 2018 r., *Wightman i in.*, C-621/18, EU:C:2018:999, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 34 W niniejszym przypadku w odniesieniu do argumentacji rządu włoskiego należy zaznaczyć, że pytanie pierwsze dotyczy właśnie zgodności z prawem Unii progu 40% całkowitych przychodów osiągniętych w sektorze łączności elektronicznej, który to próg został ustalony w celu ograniczenia dostępu do SIC przedsiębiorstw obecnych w tym sektorze. Natomiast okoliczność, że – jak twierdzi ten rząd – Vivendi przekracza w każdym wypadku ten próg, nie ma znaczenia dla kwestii, czy samo istnienie takiego progu może zostać uznane za zgodne z prawem Unii, co w istocie chce ustalić sąd odsyłający. Tym samym to pytanie pierwsze nie ma charakteru hipotetycznego w rozumieniu orzecznictwa przytoczonego w pkt 33 niniejszego wyroku.
- 35 Co się tyczy argumentacji przywołanej przez Mediaset należy zauważyć, że nawet jeśli we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający powołał się na niektóre przepisy prawa Unii, nie wyjaśniając ich znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym, wniosek ten zawiera wystarczające elementy oceny, które pozwalają zrozumieć problemy prawne podniesione w odniesieniu do możliwej niezgodności przepisu rozpatrywanego w postępowaniu głównym z przepisami prawa Unii.
- 36 W związku z powyższym postawione pytania prejudycjalne są dopuszczalne.

Co do istoty

Uwagi wstępne

- 37 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że pierwsze z postawionych pytań prejudycjalnych odnosi się do art. 63 TFUE, dotyczącego swobodnego przepływu kapitału, natomiast pytania drugie i trzecie odnoszą się do art. 49 i 56 TFUE, przy czym pytanie drugie dotyczy swobody przedsiębiorczości, a pytanie trzecie dotyczy swobody świadczenia usług. Należy zatem zacząć od określenia swobody, która ma znaczenie w niniejszej sprawie.
- 38 W tym względzie należy przede wszystkim zauważyć, że postanowienie odsyłające nie zawiera konkretnych informacji pozwalających uznać, iż sprawa w postępowaniu głównym dotyczy transgranicznego świadczenia usług. W tych okolicznościach Trybunał w ramach niniejszego odesłania prejudycjalnego nie zbada art. 56 TFUE.
- 39 Następnie, jeśli chodzi o swobodę przedsiębiorczości i swobodny przepływ kapitału, należy przypomnieć, że w odniesieniu do kwestii, czy uregulowanie krajowe wchodzi w zakres tej czy innej swobody, z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż należy wziąć pod uwagę przedmiot tego uregulowania (zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2012 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 I tak uregulowanie krajowe, które ma zastosowanie jedynie do objęcia udziałów pozwalających na wywieranie niewątpliwego wpływu na decyzje spółki i na określanie jej działalności, wchodzi w zakres zastosowania art. 49 TFUE, dotyczącego swobody przedsiębiorczości (wyrok z dnia 13 listopada 2019 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 91 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 41 Natomiast przepisy krajowe, które mają zastosowanie do udziałów objętych jedynie w celu lokaty kapitału, bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu danym przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli, należy analizować wyłącznie w świetle swobodnego przepływu kapitału (wyrok z dnia 13 listopada 2012 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 92 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 42 W niniejszym przypadku celem art. 43 TUSMAR jest kontrolowanie koncentracji w SIC, aby uniknąć tworzenia „pozycji dominującej” w rozumieniu prawa włoskiego na każdym z rynków, z których składa się SIC. Innymi słowy – artykuł ten, którego częścią jest przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym, ma ogólnie na celu określenie granic kontroli, która może być sprawowana nad spółkami działającymi w SIC.
- 43 W tym względzie przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym, który stoi na przeszkodzie temu, aby spółka, której dochody osiąmane w sektorze łączności elektronicznej przekraczają 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, uzyskiwała w SIC przychody przekraczające 10% przychodów osiągniętych w tym systemie, pozwala ustalić granice takiej kontroli.
- 44 Ponadto, po pierwsze, nabycie 23,94% kapitału Telecom Italia umożliwiło Vivendi uzyskanie większości praw głosu na walnym zgromadzeniu tej spółki, a następnie przejęcie kontroli nad tym przedsiębiorstwem, która to sytuacja wchodzi w zakres swobody przedsiębiorczości. Po drugie, z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że celem, do którego dążyło Vivendi, kiedy nabyło akcje Mediaset, nie było dokonanie zwykłej inwestycji finansowej, lecz uczestnictwo w zarządzaniu Mediaset i nabycie znacznej części włoskiego sektora mediów.
- 45 Tak więc, mając na względzie ogólny cel art. 43 TUSMAR i cel nabycia udziałów rozpatrywanego w postępowaniu głównym, jakim jest wywieranie niewątpliwego wpływu na decyzje Mediaset i określenie jej działalności w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 40 niniejszego wyroku, niniejszą sprawę należy zbadać w świetle postanowień traktatu FUE dotyczących swobody przedsiębiorczości.
- 46 W drugiej kolejności należy zauważyć, że pytania prejudycjalne drugie i trzecie odnoszą się do art. 15 i 16 dyrektywy ramowej, do zasady proporcjonalności oraz do zasady konkurencji w sektorze rozpowszechniania telewizyjnego, o którym mowa w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych oraz w dyrektywie ramowej.
- 47 W tym względzie, po pierwsze, należy zauważyć, że zarówno dyrektywa ramowa, jak i dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych dokonują niewyczerpującej harmonizacji uregulowań krajowych odpowiednio w swoich dziedzinach, pozostawiając państwom członkowskim pewien zakres uznania przy przyjmowaniu decyzji na szczeblu krajowym. Między innymi, zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy ramowej, państwa członkowskie pozostają właściwe, z poszanowaniem przepisów prawa Unii, do realizacji ogólnych interesów, w szczególności związanych z unormowaniami dotyczącymi treści programów i polityką audiowizualną.
- 48 Po drugie, z postanowienia odsyłającego nie wynika, w jakim zakresie przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym mógłby być sprzeczny z art. 15 i 16 dyrektywy ramowej, z zasadą proporcjonalności oraz z zasadą konkurencji w sektorze rozpowszechniania telewizyjnego, o którym mowa w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych oraz w dyrektywie ramowej. Te artykuły i zasady są w nim bowiem wymienione bez wyjaśnienia związku, jaki mają wspomniane artykuły i zasady z postawionymi pytaniami.
- 49 Zatem nawet jeśli niektóre przepisy tych dwóch dyrektyw mogą w niniejszym przypadku zostać uwzględnione w ramach analizy przedstawionych pytań prejudycjalnych, pytania te nie odnoszą się w rzeczywistości do obowiązków mogących wynikać z owych artykułów i zasad. Powodują one natomiast powstanie kwestii, w jakim zakresie przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym

wykracza poza zakres uznania pozostawiony państwom członkowskim przez dyrektywę ramową i dyrektywę o audiowizualnych usługach medialnych, co wymaga zbadania w świetle prawa pierwotnego, w niniejszym przypadku art. 49 TFUE.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 50 Poprzez swoje trzy pytania, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego skutkującemu uniemożliwieniem spółce zarejestrowanej w innym państwie członkowskim, której przychody osiągnięte w sektorze łączności elektronicznej, w zdefiniowany na potrzeby tego uregulowania krajowego, w tym za pośrednictwem spółek zależnych lub powiązanych, są wyższe niż 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, uzyskania w SIC przychodów wyższych niż 10% całkowitych przychodów osiągniętych w tym systemie.
- 51 W tym względzie należy przypomnieć, że jakkolwiek przepis krajowy, który – nawet jeżeli jest stosowany bez rozróżniania ze względu na obywatelstwo lub przynależność państwową – może zakłócić lub uczynić mniej atrakcyjnym wykonywanie przez podmioty pochodzące z państw Unii zagwarantowanej przez traktat FUE swobody przedsiębiorczości, jest niezgodny z art. 49 TFUE i że takie ograniczające skutki mogą powstać w szczególności w wypadku, gdy na podstawie przepisów krajowych spółka może zostać zniechęcona do tworzenia podporządkowanych jednostek organizacyjnych, takich jak stały zakład, w innych państwach członkowskich i do prowadzenia za ich pośrednictwem działalności (wyrok z dnia 10 maja 2012 r., *Duomo Gpa i in.*, od C-357/10 do C-359/10, EU:C:2012:283, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 52 Taka sytuacja zachodzi w przypadku przepisu rozpatrywanego w postępowaniu głównym, ponieważ zakazuje on wszystkim przedsiębiorstwom – niezależnie od tego, czy mają one siedzibę na terytorium krajowym, czy nie – osiągającym w sektorze łączności elektronicznej, tak jak jest on zdefiniowany dla celów tego przepisu, przychody stanowiące 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, przekroczenia progu 10% przychodów osiągniętych w SIC, a tym samym ewentualnego przejęcia kontroli nad innym przedsiębiorstwem mającym siedzibę na tym terytorium, które prowadzi działalność na tym sektorze.
- 53 I tak w niniejszym przypadku, jak wynika z pkt 17–20 niniejszego wyroku, *AGCOM*, do którego wniesiono sprawę, gdy Vivendi nabyło 28,8% kapitału zakładowego *Mediaset* i 29,94% praw głosu na walnym zgromadzeniu tej spółki, zakazał Vivendi, na podstawie tego przepisu, zachowania udziałów, które nabyło ono w *Mediaset* lub posiadało w *Telecom Italia*, oraz nakazał Vivendi pozbycie się udziałów w jednym lub drugim z tych przedsiębiorstw w zakresie, w jakim przewyższały one progi przewidziane w tym przepisie.
- 54 Przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym ograniczył zatem Vivendi swobodę przedsiębiorczości we Włoszech, uniemożliwiając mu wywieranie większego wpływu na zarządzanie *Mediaset* poprzez nabycie udziałów powyżej przewidzianego w nim poziomu. Stanowi on więc ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 49 TFUE.
- 55 Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że takie ograniczenie swobody przedsiębiorczości może być dopuszczalne jedynie wtedy, gdy jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Powinno ono ponadto być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji danego celu i nie wykraczać poza to, co jest niezbędne dla jego osiągnięcia (wyrok z dnia 25 października 2017 r., *Polbud – Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 56 W tym względzie, jeśli chodzi, w pierwszej kolejności, o istnienie nadrzędnych względów interesu ogólnego, należy zauważyć, że z informacji dostarczonych przez sąd odsyłający oraz z uwag przedstawionych przed Trybunałem wynika, iż przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym został

przyjęty w celu zapewnienia pluralizmu informacji i mediów. Artykuł 43 ust. 5 TUSMAR stanowi również, że AGCOM powinien podjąć niezbędne środki, aby wyeliminować pozycje, o których mowa w szczególności w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym, lub jakiegokolwiek inne pozycje szkodzące pluralizmowi lub aby zapobiec ich powstaniu.

- 57 Trybunał orzekł już, że ochrona swobód chronionych w art. 11 karty praw podstawowych, którego ust. 2 dotyczy wolności i pluralizmu mediów, stanowi niewątpliwie cel interesu ogólnego, którego szczególną wagę w demokratycznym i pluralistycznym społeczeństwie, mogącą uzasadniać ograniczenie swobody przedsiębiorczości, należy podkreślić (zob. podobnie wyrok z dnia 22 stycznia 2013 r., *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 58 Protokół nr 29 w sprawie systemu publicznego nadawania w państwach członkowskich, załączony do traktatów UE i FUE, również odnosi się do pluralizmu mediów, stanowiąc, że „system publicznego nadawania w państwach członkowskich jest bezpośrednio związany z potrzebami demokratycznymi, społecznymi i kulturowymi każdego społeczeństwa oraz z koniecznością zachowania pluralizmu w mediach”.
- 59 W niniejszym przypadku ograniczenie swobody przedsiębiorczości wynikające z przepisu rozpatrywanego w postępowaniu głównym może w konsekwencji, co do zasady, być uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego, a mianowicie ochroną pluralizmu informacji i mediów.
- 60 Jeśli chodzi, w drugiej kolejności, o proporcjonalny charakter tego ograniczenia w stosunku do zamierzonego celu, należy zauważyć, że art. 43 ust. 9 TUSMAR przewiduje, iż podmiotom zobowiązanym wpisać się do rejestru operatorów łączności zakazuje się osiągnięcia ponad 20% całkowitych przychodów osiągniętych w SIC, ustanawiając w ten sposób uregulowanie ogólne mające zastosowanie jedynie do podmiotów prowadzących działalność w sektorze łączności elektronicznej.
- 61 Ponadto przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym wprowadza uregulowanie jeszcze bardziej szczegółowe niż uregulowanie przewidziane w art. 43 ust. 9 TUSMAR, dotyczące wyłącznie podmiotów z sektora łączności elektronicznej, tak jak jest on zdefiniowany dla celów tego przepisu, osiągających ponad 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, i zakazujące takim podmiotom osiągnięcia ponad 10% całkowitych przychodów osiągniętych w SIC.
- 62 Wspomniany przepis stoi zatem w istocie na przeszkodzie temu, aby jedno przedsiębiorstwo nabyło, samodzielnie lub za pośrednictwem swoich spółek zależnych, znaczną część sektora mediów we Włoszech, jeżeli posiada już znaczącą pozycję na rynku w sektorze łączności elektronicznej w tym państwie członkowskim.
- 63 Ponieważ jednak zakaz taki jak ten, który wynika z przepisu rozpatrywanego w postępowaniu głównym, stanowi odstępstwo od zasady swobody przedsiębiorczości, do władz krajowych należy wykazanie, że przepis ten czyni zadość zasadzie proporcjonalności, to znaczy że jest odpowiedni i niezbędny do osiągnięcia deklarowanego celu oraz że ten nie może być osiągnięty za pomocą zakazów i ograniczeń o mniejszym zakresie lub wywierających mniejszy wpływ na korzystanie z tej swobody (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2015 r., *Scotch Whisky Association i in.*, C-333/14, EU:C:2015:845, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo)
- 64 W niniejszej sprawie należy zauważyć, że z motywu 5 dyrektywy ramowej wynika, iż istnieją rzeczywiście powiązania między dwoma sektorami, o których mowa w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym, a to z uwagi na konwergencję sektorów telekomunikacji, mediów i technologii informacyjnych.

- 65 Jak wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 74 opinii, biorąc pod uwagę bliskość między sektorem usług łączności elektronicznej a sektorem mediów, można co do zasady przyjąć, że na przedsiębiorstwa, które już zajmują „pozycję dominującą” w pierwszym z tych sektorów, zostają nałożone pewne ograniczenia w celu ograniczenia możliwości wykorzystania tej pozycji w drugim z tych sektorów.
- 66 Trybunał orzekł, że jednak, że różne dyrektywy tworzące nowe ramy regulacyjne mające zastosowanie do usług łączności elektronicznej, wśród których znajduje się dyrektywa ramowa, wprowadzają wyraźne rozróżnienie między produkcją treści pociągającą za sobą odpowiedzialność redakcyjną a przekazywaniem tych treści, niewiążącym się z jakąkolwiek odpowiedzialnością redakcyjną, gdyż treści oraz ich przekazywanie podlegają odrębnym uregulowaniom, mającym własne cele (zob. podobnie wyrok z dnia 13 czerwca 2019 r., Google, C-193/18, EU:C:2019:498, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 67 Ze względu na to wyraźne rozróżnienie między produkcją treści a przekazywaniem treści przedsiębiorstwa działające w sektorze łączności elektronicznej, które sprawują kontrolę nad przenoszeniem i przekazywaniem treści, niekoniecznie sprawują kontrolę nad ich produkcją, wiążącą się z odpowiedzialnością redakcyjną.
- 68 W niniejszym przypadku przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym nie odnosi się do tych powiązań między produkcją treści a przekazywaniem treści i nie jest także sformułowany w sposób, który miałby zastosowanie konkretnie w stosunku do tych powiązań.
- 69 Przepis ten zakazuje w sposób bezwzględny podmiotom, których przychody osiągnęte w sektorze łączności elektronicznej, tak jak jest on zdefiniowany dla celów tego przepisu, przekraczają 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, osiągnięcia w SIC przychodów przekraczających 10% przychodów osiągniętych w tym systemie.
- 70 Zatem w celu stwierdzenia, czy przepis taki jak przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym jest odpowiedni do osiągnięcia tego konkretnego celu, polegającego na zapobieżeniu powstaniu negatywnych aspektów konwergencji pomiędzy sektorem łączności elektronicznej a SIC, należy ocenić, jaki jest związek między – z jednej strony – progami, do których odnosi się ten przepis, a – z drugiej strony – istniejącym zagrożeniem dla pluralizmu mediów.
- 71 Jeśli chodzi, przede wszystkim, o definicję sektora łączności elektronicznej, z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że AGCOM definiuje ten sektor w sposób zawężający, jako dotyczący rynków mogących podlegać regulacji ex ante.
- 72 Jak wynika z art. 15 i 16 dyrektywy ramowej, interpretowanych w świetle jej motywów 25 i 27, rynkami tymi są rynki z sektora łączności elektronicznej w ogólności, w tym nowe rynki, na których nie istnieje skuteczna konkurencja, zidentyfikowane przez Komisję jako rynki właściwe produktów lub usług w celu ewentualnego wprowadzenia przez właściwe organy krajowe obowiązków regulacyjnych ex ante służących uzupełnieniu reguł prawa konkurencji, aby rozwiązać trudności istniejące na tych rynkach (wyrok z dnia 3 grudnia 2009 r., Komisja/Niemcy, C-424/07, EU:C:2009:749, pkt 56, 64).
- 73 Okazuje się zatem, że mechanizm obowiązków regulacyjnych ex ante ma na celu rozwiązanie konkretnych problemów występujących na konkretnych rynkach sektora łączności elektronicznej, a nie zapewnienie pluralizmu w sektorze mediów poprzez umożliwienie zidentyfikowania – wśród przedsiębiorstw posiadających już znaczącą pozycję na rynku w sektorze łączności elektronicznej – tych przedsiębiorstw, które mogłyby osiągnąć „istotny wymiar gospodarczy” w SIC.
- 74 Jak w istocie wskazał rzecznik generalny w pkt 51, 52, 79 i 80 opinii, poprzez ograniczenie definicji sektora łączności elektronicznej do rynków, które mogą podlegać regulacji ex ante, przepis rozpatrywany w postępowaniu głównym, tak jak jest on interpretowany przez AGCOM, wyłącza

z sektora łączności elektronicznej rynku o rosnącym znaczeniu dla przekazywania informacji, a mianowicie detaliczne usługi telefonii ruchomej lub też inne usługi łączności elektronicznej związane z Internetem i usługi transmisji satelitarnej. Tymczasem rynki te stały się główną drogą dostępu do mediów, w związku z czym wyłączenie ich z tej definicji nie jest uzasadnione.

- 75 Następnie, jeśli chodzi o próg 10% całkowitych przychodów osiągniętych w SIC, o którym mowa w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu głównym, należy zauważyć, że fakt uzyskania lub nieuzyskania przychodów odpowiadających 10% całkowitych przychodów osiągniętych w SIC nie stanowi sam w sobie oznaki występowania ryzyka wpływu na pluralizm mediów. Z art. 2 ust. 1 lit. s) TUSMAR wynika bowiem, że SIC obejmuje rozmaite i zróżnicowane rynki. Gdyby zatem całkowite przychody osiągnięte przez przedsiębiorstwo w SIC miały koncentrować się na jednym z rynków składających się na ten system, tak iż poziom osiągnięty na tym rynku byłby znacznie wyższy niż 10%, ale pozostawałby poniżej 10% w przypadku uwzględnienia wszystkich rynków tworzących SIC, nieosiągnięcie progu 10% całkowitych przychodów uzyskanych w SIC nie wykluczałoby wszelkiego zagrożenia dla pluralizmu mediów. Podobnie w przypadku gdyby osiągnięty został próg 10% całkowitych przychodów uzyskanych w SIC, ale gdyby owe 10% przychodów było podzielone pomiędzy każdy z rynków tworzących SIC, okoliczność, że próg 10% został osiągnięty lub przekroczony, niekoniecznie świadczyłaby o istnieniu zagrożenia dla pluralizmu mediów.
- 76 Wreszcie jeśli chodzi o okoliczność, że AGCOM, aby określić przychody osiągnięte przez przedsiębiorstwo w sektorze łączności elektronicznej lub w SIC, bierze pod uwagę nie tylko przychody osiągnięte za pośrednictwem spółek „zależnych”, lecz również przychody osiągnięte za pośrednictwem spółek „powiązanych”, na które dane przedsiębiorstwo wywiera „znaczący wpływ” w rozumieniu art. 2359 akapit trzeci kodeksu cywilnego, należy zauważyć, że z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, iż taka praktyka może powodować dwukrotne uwzględnienie przychodów i w ten sposób zafałszować obliczenie przychodów osiągniętych w SIC. W ten sposób te same przychody spółki działającej w SIC mogą bowiem zostać uwzględnione zarówno przy obliczaniu przychodów przedsiębiorstwa, które jest jej mniejszościowym akcjonariuszem, jak i przy obliczaniu przychodów spółki, która jest jej akcjonariuszem większościowym i rzeczywiście sprawuje nad nią kontrolę.
- 77 Ponadto należy zauważyć, że „kontrola” nad „spółką powiązaną” opiera się na szerokim domniemaniu, zgodnie z którym spółka wywiera „znaczący wpływ” na inną spółkę, jeżeli pierwsza z nich może wykonywać jedną piątą praw głosu na walnym zgromadzeniu drugiej lub jedną dziesiątą praw głosu, jeżeli pierwsza spółka posiada akcje notowane na rynkach regulowanych. Wydaje się jednak, że takie okoliczności nie pozwalają stwierdzić, że pierwsza spółka może rzeczywiście wywierać na drugą spółkę wpływ mogący naruszyć pluralizm mediów i informacji.
- 78 Zatem w sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym utożsamienie przy obliczaniu przychodów osiągniętych przez przedsiębiorstwo w sektorze łączności elektronicznej lub w SIC sytuacji „spółki zależnej” z sytuacją „spółki powiązanej” nie wydaje się możliwe do pogodzenia z celem przepisu rozpatrywanego w postępowaniu głównym.
- 79 W konsekwencji nie można uznać, że przepis ten pozwala osiągnąć cel, któremu służy, ponieważ ustala on progi pozbawione związku z istniejącym zagrożeniem dla pluralizmu mediów, gdyż progi te nie pozwalają stwierdzić, czy i w jakim zakresie przedsiębiorstwo jest w stanie rzeczywiście wpływać na zawartość mediów.
- 80 W świetle całości powyższych rozważań na przedstawione pytania prejudycjalne trzeba odpowiedzieć, iż art. 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego skutkującemu uniemożliwieniem spółce zarejestrowanej w innym państwie członkowskim, której przychody osiągnięte w sektorze łączności elektronicznej, tak jak jest on

zdefiniowany na potrzeby tego uregulowania, są wyższe niż 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, osiągnięcia w SIC przychodów wyższych niż 10% całkowitych przychodów osiągniętych w tym systemie.

W przedmiocie kosztów

- 81 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego skutkującemu uniemożliwieniem spółce zarejestrowanej w innym państwie członkowskim, której przychody osiągnięte w sektorze łączności elektronicznej, tak jak jest on zdefiniowany na potrzeby tego uregulowania, są wyższe niż 40% całkowitych przychodów osiągniętych w tym sektorze, osiągnięcia w zintegrowanym systemie łączności przychodów wyższych niż 10% całkowitych przychodów osiągniętych w tym systemie.

Podpisy