



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE  
JULIANE KOKOTT,  
predstavljeni 30. marca 2017<sup>1</sup>

**Zadeva C-112/16**

**Persidera SpA**

**proti**

**Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in  
Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti  
(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,**

**ki ga je vložilo Consiglio di Stato (državni svet, Italija))**

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Elektronska komunikacijska omrežja in storitve – Direktive 2002/20/ES, 2002/21/ES in 2002/77/ES – Prehod z analogne na digitalno televizijo – Ugotavljanje števila digitalnih frekvenc, ki jih je treba dodeliti vsakemu imetniku analognih frekvenc – Upoštevanje do zdaj nezakonito uporabljanih analognih frekvenc – Pretvorbeno razmerje – Pretvorbeni faktor – Enako obravnavanje, prepoved diskriminacije in sorazmernost“

### I. Uvod

1. V današnjem času ni mogoče dovolj poudariti temeljnega pomena, ki ga imata raznolikost in integriteta medijev v svobodni, demokratični družbi. Še zlasti elektronska komunikacijska omrežja in storitve so medtem začeli vsakodnevno uporabljati skoraj vsi in jih kot pogoje za moderno demokracijo, pa tudi za izobraževanje prebivalstva in za kulturno življenje v Evropi, ni več mogoče odmisлити. Hkrati pa se vedno znova izkaže, kako krhki in dovzetni za težave so mehanizmi, na katerih navedena omrežja in storitve temeljijo.

2. V Italiji je v zadnjih desetletjih večkrat prišlo do burnih razprav o pluralizmu na televiziji. Zato ni čudno, da je tudi prehod z analogne na digitalno televizijo tam povzročil spore glede pravilnega dodeljevanja novih digitalnih televizijskih frekvenc.

3. V obravnavanem primeru gre posebej za dodeljevanje tistih digitalnih frekvenc, ki jih je država pridržala izključno za nadaljevanje obstoječih analognih televizijskih programov. Družba Persidera (nekdanja družba Telecom Italia Media Broadcasting – TIMB)<sup>2</sup>, ki je ena od italijanskih operaterjev omrežja, meni, da je bila pri pretvorbi analognih frekvenc v digitalne postavljena v slabši položaj v primerjavi s svojima konkurentoma, in sicer z vodilnima družbama na trgu Rai in Mediaset.

<sup>1</sup> Jezik izvirnika: nemščina.

<sup>2</sup> Pred dokončnim preходом na digitalno televizijo je družba Persidera – oziroma družba TIMB kot njena pravna predhodnica – v Italiji upravljala dve analogni („La 7“ in „MTV“) in dve digitalni televizijski postaji („TIMB1“ in „MBONE“).

4. Sodišče bo v obravnavanem primeru moralo pojasniti, katere zahteve določa pravo Unije za pravilno dodeljevanje frekvenc. Pri tem bo treba upoštevati, da je morala Italijanska republika z metodo dodeljevanja frekvenc, ki je sporna v obravnavanem primeru, ne nazadnje upoštevati pomisleke Evropske komisije v postopku zaradi neizpolnitve obveznosti, ki še poteka<sup>3</sup>, in sodbo Sodišča, izdano v postopku predhodnega odločanja<sup>4</sup>.

5. Odločilni za presojo te problematike so „novi skupni regulativni okvir“, ki velja od leta 2002 in je sestavljen iz več direktiv zakonodajalca Unije, in splošna načela prava Unije.

6. Ta postopek v zadevi C-112/16 je tesno povezan s postopkom predhodnega odločanja v zadevi C-560/15, v kateri prav tako predstavljam sklepne predloge danes. Tam postavljena pravna vprašanja se sicer nanašajo v bistvu na iste določbe in načela prava Unije, vendar se ne nanašajo na pretvorbo starih analognih frekvenc v nove digitalne frekvence, ki je sporna v tem primeru, in tudi sicer sprožajo očitno druga pravna vprašanja.

## II. Pravni okvir

7. Okvir prava Unije v tem primeru določajo tri direktive iz leta 2002 o elektronskih komunikacijskih omrežjih in storitvah, ki skupaj spadajo pod nov skupni regulativni okvir elektronskih komunikacijskih storitev, elektronskih komunikacijskih omrežij ter pripadajočih naprav in storitev: Okvirna direktiva (Direktiva 2002/21/ES)<sup>5</sup>, Direktiva o odobritvi (Direktiva 2002/20/ES)<sup>6</sup> in Direktiva o konkurenci (Direktiva 2002/77/ES)<sup>7</sup>. Obe prvonavedeni direktivi veljata v različici, kakršna obstaja od Direktive 2009/140/ES<sup>8</sup> naprej.

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

8. Najprej je treba opozoriti na uvodni izjavi 6 in 19 Direktive 2002/21, v katerih je med drugim navedeno:

„(6) Avdiovizualna politika in zakonska ureditev vsebin se izvajata v prizadevanju za cilje v splošnem interesu, kot so svoboda izražanja, pluralnost medijev, nepristranskost, kulturna in jezikovna raznolikost, socialna vključenost, varstvo porabnikov in varstvo mladoletnikov. [...]

[...]

(19) Radijske frekvence so temeljni pogoj za storitve radioelektronskih komunikacij, zato naj jih nacionalni regulativni organi, če se uporabljajo za take storitve, razporedijo in dodelijo po usklajenih skupnih ciljih in načelih, ki urejajo njihovo delovanje, ter v skladu z objektivnimi, preglednimi in nepristranskimi merili, pri čemer upoštevajo demokratične, socialne, jezikovne in kulturne interese, povezane z uporabo frekvenc. [...]

3 Postopek zaradi neizpolnitve obveznosti št. 2005/5086 (glej v zvezi s tem sporočili Komisije za medije IP/06/1019 z dne 19. julija 2006 in IP/07/1114 z dne 18. julija 2007); ta postopek, v katerem je Komisija julija 2007 poslala obrazloženo mnenje v smislu člena 258(1) PDEU (takrat člen 226(1) ES), se do danes še ni končal.

4 Sodba z dne 31. januarja 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

5 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 349).

6 Direktiva 2002/20/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o odobritvi elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev (Direktiva o odobritvi) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 337).

7 Direktiva Komisije 2002/77/ES z dne 16. septembra 2002 o konkurenci na trgih za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 178).

8 Direktiva 2009/140/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 o spremembi direktiv 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve, 2002/19/ES o dostopu do elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajočih naprav ter o njihovem medomrežnem povezovanju in 2002/20/ES o odobritvi elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev (UL 2009, L 337, str. 37, in popravek v UL 2013, L 241, str. 8).

9. Nato je v členu 8(1) in (2) Direktive 2002/21 pod naslovom „Politični cilji in regulativna načela“ med drugim določeno:

„1. Države članice zagotovijo, da nacionalni regulativni organi pri opravljanju regulativnih nalog, opredeljenih v tej direktivi in v posebnih direktivah, sprejmejo vse primerne ukrepe za doseg ciljev iz odstavkov 2, 3 in 4. Taki ukrepi naj bodo sorazmerni s temi cilji.

[...]

2. Nacionalni regulativni organi podpirajo konkurenco pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij, elektronskih komunikacijskih storitev in pripadajočih naprav ter storitev med drugim tako, da:

[...]

(b)

zagotovijo, da v sektorju elektronskih komunikacij, vključno s prenosom vsebin, ni izkrivljanja ali omejevanja konkurence;

[...]

(d) spodbujajo učinkovito uporabo radijskih frekvenc in številskih virov ter zagotovijo njihovo učinkovito upravljanje.“

10. Poleg tega vsebuje člen 9 Direktive 2002/21 spodaj navedene določbe o „upravljanju radijskih frekvenc za elektronske komunikacijske storitve“:

„1. Države članice poskrbijo za učinkovito upravljanje radijskih frekvenc za elektronske komunikacijske storitve na svojem ozemlju v skladu s členoma 8 in 8a, pri čemer je treba upoštevati, da so radijske frekvence javna dobrina z visoko socialno, kulturno in gospodarsko vrednostjo. Države članice zagotavljajo, da pristojni nacionalni organi razporedijo take radijske frekvence, ki se uporabljajo za zagotavljanje elektronskih komunikacijskih storitev, in podelijo splošne odobritve ali individualne pravice uporabe radijskih frekvenc na podlagi objektivnih, preglednih, nediskriminatornih in sorazmernih meril.

Pri uporabi tega člena države članice spoštujejo ustrezne mednarodne sporazume, vključno s Pravilnikom o radiokomunikacijah Mednarodne telekomunikacijske zveze (ITU), in lahko upoštevajo javne interese.

[...]

4. [...]Ukrepi, ki zahtevajo zagotavljanje elektronske komunikacijske storitve v določenem pasu, ki je na voljo elektronskim komunikacijskim storitvam, so upravičeni z namenom uresničitve cilja splošnega interesa, kakor so ga opredelile države članice v skladu z zakonodajo Skupnosti, kot na primer, vendar ne omejeno na:

(a) varovanje življenja;

(b) spodbujanje socialne, regionalne ali teritorialne kohezije;

(c) preprečevanje neučinkovite uporabe radijskih frekvenc ali

(d) spodbujanje kulturne in jezikovne raznolikosti ter medijskega pluralizma, na primer z zagotovitvijo storitev radijske in televizijske radiodifuzije.

[...]

7. Brez poseganja v določbe posebnih direktiv in ob upoštevanju ustreznih nacionalnih razmer, lahko države članice določijo pravila, da bi preprečile kopičenje spektra, zlasti z določitvijo strogih rokov za učinkovito izrabo pravic do uporabe s strani imetnika pravic ter z uporabo kazni, vključno z denarnimi kaznimi ali odvzemom pravic uporabe v primeru neupoštevanja rokov. Ta pravila se oblikujejo in uporabljajo na sorazmeren, nediskriminatoren in pregleden način.“

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

11. Člen 3(1) Direktive 2002/20 vsebuje spodnjo ureditev v zvezi s „splošno odobritvijo za elektronska komunikacijska omrežja in storitve“:

„Države članice zagotavljajo prosto ponudbo elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev ob upoštevanju pogojev iz te direktive. Zato države članice ne preprečijo podjetju zagotavljanja elektronskih komunikacijskih omrežij ali storitev, razen kadar je to potrebno iz razlogov, ki so določeni v členu 46(1) Pogodbe.“

12. V členu 5 Direktive 2002/20 so med drugim te določbe o „pravica h uporabe radijskih frekvenc in številke“:

„1. Države članice spodbujajo uporabo radijskih frekvenc v okviru splošnih odobritev. Države članice lahko po potrebi podelijo posamezne pravice uporabe zaradi:

[...]

– izpolnjevanja drugih ciljev splošnega interesa, kakor jih opredelijo države članice skladno z zakonodajo Skupnosti.

2. Če je treba podeliti individualne pravice uporabe za radijske frekvence in številke, države članice take pravice na zahtevo podelijo vsakemu podjetju, ki zagotavlja omrežja ali storitve na podlagi splošne odobritve iz člena 3, vendar ob upoštevanju določb členov 6, 7 in 11(1)(c) te direktive in vseh drugih predpisov, ki zagotavljajo učinkovito uporabo teh virov v skladu z Direktivo 2002/21/ES (Okvirna direktiva).

Brez poseganja v posebna merila in postopke, ki jih države članice sprejmejo za podelitev pravic uporabe radijskih frekvenc ponudnikom storitev radijskih ali televizijskih radiodifuzijskih vsebin za izpolnjevanje ciljev splošnega interesa v skladu z zakonodajo Skupnosti, se pravice uporabe radijskih frekvenc in številke podeljujejo z odprtimi, objektivnimi, preglednimi, nediskriminatornimi in sorazmernimi postopki, v primeru radijskih frekvenc pa v skladu z določbami člena 9 Direktive 2002/21/ES (Okvirna direktiva). Izjema glede zahtev po odprtem postopku se lahko uporablja v primerih, kjer je podelitev posameznih pravic uporabe radijskih frekvenc ponudnikom storitev radijskih ali televizijskih radiodifuzijskih vsebin potrebna za doseganje cilja splošnega interesa, kakor ga opredelijo države članice skladno z zakonodajo Skupnosti.

[...]

5. Države članice ne omejijo števila pravic uporabe, ki se podelijo, razen kadar je to potrebno za zagotovitev učinkovite uporabe radijskih frekvenc v skladu s členom 7.

6. Pristojni nacionalni organi zagotovijo, da se radijske frekvence uporabljajo smotrno in učinkovito v skladu s členoma 8(2) in 9(2) Direktive 2002/21/ES (Okvirna direktiva). Prav tako zagotovijo, da se konkurenca ne izkrivlja zaradi prenosa ali kopičenja pravic uporabe radijskih frekvenc. [...]"

13. Člen 7 Direktive 2002/20 pod naslovom „Postopek za omejitev pravic uporabe, ki se podelijo za radijske frekvence“ poleg tega določa:

„1. Če država članica razmišlja o omejitvi števila pravic uporabe, ki se podelijo za radijske frekvence, oziroma o podaljšanju trajanja obstoječih pravic, ki ni v skladu s pogoji, določenimi v takih pravicah, mora med drugim:

(a) skrbno pretehta[ti] potrebo po maksimiranju koristi za uporabnike in olajšanju razvoja konkurence;

[...]

3. Kadar je treba omejiti podeljevanje pravic uporabe radijskih frekvenc, države članice podelijo take pravice na podlagi izbirnih meril, ki morajo biti objektivna, pregledna, nediskriminatorna in sorazmerna. Pri vseh izbirnih merilih je treba upoštevati uresničitev ciljev člena 8 Direktive 2002/21/ES (Okvirna direktiva) in zahtev člena 9 te direktive.

[...]“

### **C. Direktiva o konkurenci (Direktiva 2002/77)**

14. Člen 2 Direktive 2002/77 je naslovljen „Izključne ali posebne pravice za elektronska komunikacijska omrežja in elektronske komunikacijske storitve“ in vsebuje med drugim te določbe:

„[...]“

2. Države članice sprejmejo vse potrebne ukrepe, da se zagotovi upravičenost katerega koli podjetja do opravljanja elektronskih komunikacijskih storitev ali vzpostavljanja, širjenja ali zagotavljanja elektronskih komunikacijskih omrežij.

[...]

4. Države članice zagotovijo, da splošno dovoljenje, ki se izda podjetju za zagotavljanje elektronskih komunikacijskih storitev ali za vzpostavitev in/ali zagotavljanje elektronskih komunikacijskih omrežij, pa tudi z njim povezani skupaj z nanj vezanimi pogoji, temeljijo na objektivnih, nediskriminatornih, sorazmernih in preglednih merilih.

[...]“

15. Nazadnje člen 4 Direktive 2002/77, naslovljen „Pravice do uporabe frekvenc“, določa:

„Brez poseganja v posebna merila in postopke, sprejete v državah članicah za podeljevanje pravic do uporabe radijskih frekvenc ponudnikom vsebin radijskih ali televizijskih storitev, za varstvo ciljev splošnega interesa v skladu s pravom Skupnosti:

[...]

2. Dodeljevanje radijskih frekvenc za elektronske komunikacijske storitve temelji na objektivnih, preglednih, nediskriminatornih in sorazmernih merilih.“

### III. Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

16. V Italiji je bil za prehod z analogne na digitalno televizijo potreben postopek za dodelitev novih digitalnih oddajnih frekvenc, ki so zmogljivejše od analognih.<sup>9</sup> Za to je Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>10</sup> (AGCOM) 7. aprila 2009 izdala odločbo 181/09/CONS<sup>11</sup>, v kateri je določila merila za popolno digitalizacijo prizemnega omrežja in hkrati tudi predvidela mehanizem za razdelitev frekvenc, ki jih je bilo treba s tem namenom dodeliti. Ta odločba je bila izdana zaradi postopka zaradi neizpolnitve obveznosti, ki še poteka,<sup>12</sup> s katerim je Evropska komisija zahtevala, da Italija pri razdelitvi digitalnih frekvenc ne sme dajati prednosti ponudnikom analognih televizijskih postaj, ki so do zdaj že delovali na trgu.

17. Do tedaj je bila predvidena dodelitev digitalnih frekvenc v obliki 21 tako imenovanih multipleksov za prizemno oddajanje po vsej državi.<sup>13</sup> Pri tem multipleks omogoča združevanje različnih avdio, video in podatkovnih signalov v skupen pretok podatkov, s čimer se optimizira izraba frekvenc in napeljav, ki so na voljo.

18. Da bi se zagotovila pravična porazdelitev teh digitalnih multipleksov, pri kateri se ne bi upoštevali samo dosedanja operaterji analognih televizijskih postaj, temveč tudi tisti, ki so tik pred tem vlagali v vzpostavitev digitalnih omrežij, in še tisti, ki so želeli na novo vstopiti na ta trg, se je 21 enot razdelilo na tri skupine, ki naj bi se dodelile na podlagi različnih meril. Poleg tega je bilo – kot zgornja meja – določeno, da noben operater omrežja ne sme imeti na voljo skupaj več kot pet multipleksov; na to najvišje število petih multipleksov je opozorila tudi Komisija v postopku zaradi neizpolnitve obveznosti.

19. Natančneje naj bi dodelitev navedenih 21 multipleksov potekala tako:

- V *prvi skupini* je bilo osem multipleksov, ki so bili pridržani pretvorbi obstoječih analognih televizijskih omrežij v digitalna televizijska omrežja. To naj bi potekalo na podlagi pravične dodelitve, pri kateri bi bilo treba upoštevati kontinuiteto televizijske ponudbe. Vsakemu dosedanjemu ponudniku analogne televizije naj bi se v skladu s tem dodelil vsaj en multipleks, ponudniki z več analognimi postajami pa naj bi dobili vsakokrat en multipleks manj od števila svojih analognih postaj. Tako sta, med drugim, družbi Rai in Mediaset, ki sta do tedaj upravljali vsaka po tri analogne televizijske postaje, dobili vsaka po dva multipleksa, družba TIMB, ki je do tedaj imela dve analogni televizijski postaji, pa je dobila en multipleks; družba Rete A in še dva operaterja omrežja so prav tako dobili po en multipleks.
- V *drugi skupini* naj bi se oddalo osem multipleksov tistim operaterjem omrežij, ki so vlagali v vzpostavitev digitalnih omrežij. V okviru tega so družbe Rai, Mediaset in TIMB dobile vsaka še po dva multipleksa, medtem ko sta družba Rete A in še en drug operater omrežja dobila po en multipleks.
- V *tretji skupini* naj bi se kot dodatne, nove frekvence nazadnje dodelilo preostalih pet multipleksov, poimenovanih tudi „digitalna dividenda“,<sup>14</sup> v skladu z objektivnimi, preglednimi, sorazmernimi in nediskriminatornimi merili.

9 Ena od velikih prednosti digitalne televizije je, da se – drugače kot pri analogni televiziji – v enem frekvenčnem pasu lahko prenaša več programov.

10 Italijanski regulativni organ za telekomunikacije.

11 Ta odločba je z uredbo-zakonom (Decreto-legge) št. 59/2008 v povezavi z zakonom št. 101/2008 dobila zakonsko moč.

12 Glej opombo 3 zgoraj.

13 Nekateri udeleženci postopka omenjajo skupaj 22 multipleksov. Vendar lahko v tem postopku predhodnega odločanja to razhajanje pustimo ob strani.

14 V zvezi s pojmom digitalne dividende glej uvodno izjavo 26 Direktive 2009/140; glej poleg tega točko 1 Sporočila Evropske komisije z dne 13. novembra 2007, „Popolno koriščenje digitalne dividende v Evropi: skupen pristop za uporabo spektra, ki se bo sprostil s prehodom na digitalno radiodifuzijo“, COM(2007) 700 final.

20. Na podlagi tega se je italijansko ministrstvo za gospodarski razvoj<sup>15</sup> lotilo dodeljevanja digitalnih multipleksov.

21. V obravnavanem primeru se spor iz postopka v glavni stvari nanaša samo na del teh multipleksov, in sicer na tiste iz prve skupine. Ker je družba TIMB menila, da je bila zaradi metode za pretvorbo analognih frekvenc v digitalne<sup>16</sup> v primerjavi s svojimi večjimi konkurenti v slabšem položaju, je vložila tožbo pri Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio<sup>17</sup> (TAR), s katero je zahtevala dodaten multipleks iz omenjene prve skupine in odškodnino.

22. Družba TIMB je pred TAR med drugim trdila, da je v njenem primeru pri pretvorbi dotedanjih analognih frekvenc v nove digitalne frekvence prišlo do manj ugodnega pretvorbenega razmerja kot v primeru družb Rai in Mediaset: medtem ko naj bi namreč družba TIMB dobila en multipleks za dve analogni frekvenci, kar je 50-odstotno pretvorbena razmerje, pa naj bi bila družbama Rai in Mediaset vsaki dodeljena po dva multipleksa za tri analogne televizijske postaje, kar ustreza ugodnejšemu pretvorbenemu razmerju 66,67 %. Poleg tega se je družba TIMB pritožila, da je do pretvorbe v digitalne frekvence v primeru družb Rai in Mediaset prišlo ob upoštevanju analognih televizijskih postaj, ki sta jih navedena operaterja omrežja do tedaj upravljala ob kršitvi zakonskih pragov za koncentracije in torej nezakonito.

23. Potem ko na prvi stopnji s tožbo ni uspela,<sup>18</sup> je družba TIMB svoj zahtevek za pravno varstvo uveljavljala dalje na pritožbeni stopnji pri Consiglio di Stato<sup>19</sup>, torej pri predložitvenem sodišču. Med tem pritožbenim postopkom pred Consiglio di Stato je prišlo do združitve družbe TIMB in družbe Rete A, ki pa je bila sama že imetnica dveh multipleksov. Novo podjetje, poimenovano Persidera, ki je nastalo po združitvi, ima od takrat skupaj pet multipleksov, kar je bilo v Italiji, kakor je bilo že navedeno, zakonsko določeno najvišje število za vsakega operaterja omrežja.

#### **IV. Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem**

24. Consiglio di Stato je s sklepom z dne 2. julija 2015, ki je na Sodišče prispel 24. februarja 2016, prekinilo postopek in v skladu s členom 267 PDEU Sodišču predložilo spodaj navedeni vprašanji za predhodno odločanje:

1. Ali pravo Evropske unije, zlasti členi 56, 101, 102 in 106 PDEU, člen 9 Direktive 2002/21/ES (Okvirna direktiva), členi 3, 5 in 7 Direktive 2002/20/ES (Direktiva o odobritvi), člena 2 in 4 Direktive 2002/77/ES (Direktiva o konkurenci), ter načela prepovedi diskriminacije, preglednosti, svobodne konkurence, sorazmernosti, učinkovitosti in pluralnosti informacij nasprotujejo nacionalnemu predpisu, ki za določitev števila digitalnih omrežij, ki se podelijo operaterjem ob pretvorbi analognih omrežij, enako upošteva analogna omrežja, ki so se v preteklosti upravljala povsem zakonito, in analogna omrežja, ki so se upravljala ob kršenju pragov za koncentracije, določenih v nacionalni zakonodaji, glede katerih so bile že podane kritike Sodišča in Evropske komisije, oziroma vsekakor zanje ni bilo koncesije?
2. Ali pravo Evropske unije, zlasti členi 56, 101, 102 in 106 PDEU, člen 9 Direktive 2002/21/ES (Okvirna direktiva), členi 3, 5 in 7 Direktive 2002/20/ES (Direktiva o odobritvi), člena 2 in 4 Direktive 2002/77/ES (Direktiva o konkurenci), ter načela prepovedi diskriminacije, preglednosti, svobodne konkurence, sorazmernosti, učinkovitosti in pluralnosti informacij nasprotujejo nacionalnemu predpisu, ki za določitev števila digitalnih omrežij, ki se podelijo operaterjem ob

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

<sup>16</sup> Glej prvo alineo točke 19 teh sklepnih predlogov zgoraj.

<sup>17</sup> Upravno sodišče za deželo Lacij.

<sup>18</sup> Glej v zvezi s tem sodbo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (upravno sodišče dežele Lacij) št. 1398/2014.

<sup>19</sup> Državni svet.

pretvorbi analognih omrežij, upošteva vsa dotlej upravljana analogna omrežja, tudi tista, ki so se upravljala ob kršenju pragov za koncentracije, določenih v nacionalni zakonodaji, glede katerih so bile že podane kritike Sodišča in Evropske komisije, oziroma vsekakor zanje ni bilo koncesije, kar dejansko privede do zmanjšanja števila digitalnih omrežij, podeljenih operaterju z več omrežji na podlagi dotlej upravljanih analognih omrežij, ki je sorazmerno večje od zmanjšanja, naloženega konkurentom?

25. V postopku pred Sodiščem so pisna stališča podale družbe Persidera, Rai in Reti televisive italiane (RTI)<sup>20</sup>, italijanska in slovenska vlada ter Evropska komisija. Razen Slovenije so bili isti udeleženci postopka tudi na obravnavi 2. februarja 2017, ki je potekala takoj po obravnavi v zadevi C-560/15.

## V. Presoja

### A. Dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe

26. V skladu s členom 94 Poslovnika Sodišča<sup>21</sup> mora predlog za sprejetje predhodne odločbe poleg vprašanj za predhodno odločanje vsebovati še potrebne podatke glede dejanskega in pravnega okvira spora v glavni stvari. Predložitveno sodišče mora, dalje, pojasniti, kakšna povezava obstaja med določbami prava Unije, ki jih je treba razlagati, in sporom o glavni stvari, ter navesti razloge, iz katerih dvomi o razlagi ali veljavnosti navedenih določb. V skladu s sodno prakso imajo podatki o dejanskem in pravnem okviru poseben pomen v postopkih s področja konkurence.<sup>22</sup>

#### 1. Neupoštevnost določb primarnega prava za odločitev

27. Kot pravilno navajata družba RTI in italijanska vlada, predlog za sprejetje predhodne odločbe v obravnavanem primeru ne vsebuje nobenih pojasnil v zvezi s tem, v kolikšnem obsegu so določbe primarnega prava iz členov 56, 101, 102 in 106 PDEU pomembne za rešitev spora o glavni stvari.

28. Posebej v zvezi s členom 56 PDEU je treba navesti, da v sporu o glavni stvari ni nobenega elementa, ki ne bi bil omejen na eno samo državo članico, in da predložitveno sodišče v tem primeru – drugače kot v zadevi Centro Europa 7 – ne želi uporabiti prepovedi diskriminacije lastnih državljanov, ki je vsebovana v italijanski ustavi.<sup>23</sup> Zato ni razvidno, v kolikšnem obsegu lahko Sodišče z razlago člena 56 PDEU, za katero se prosi, prispeva k rešitvi spora o glavni stvari.

29. V zvezi z določbami konkurenčnega prava iz členov 101, 102 in 106 PDEU zadostuje opozorilo, da se nanašajo na ravnanje podjetij, medtem ko gre v obravnavanem primeru za ravnanje državnih organov pri dodeljevanju televizijskih frekvenc. Člen 102(1) PDEU v povezavi s členom 106(1) PDEU državam članicam sicer prepoveduje ustvariti položaj, v katerem nekatera podjetja – v tem primeru

20 Družba RTI spada v skupino Mediaset.

21 Nujno upoštevanje člena 94 Poslovnika Sodišča je poudarjeno, na primer, v sklepu z dne 12. maja 2016, Security Service in drugi (od C-692/15 do C-694/15, EU:C:2016:344, točka 18). Že prej so bili v ustaljeni sodni praksi formulirani vsebinsko enaki pogoji za dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe; glej med drugim sodbi z dne 24. aprila 2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, točka 42), in z dne 21. decembra 2016, Vervloet in drugi (C-76/15, EU:C:2016:975, točki 56 in 57).

22 Glej v tem smislu sklep z dne 8. oktobra 2002, Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, točki 21 in 22), ter sodbe z dne 26. januarja 1993, Telemarsicabruzzo in drugi (od C-320/90 do C-322/90, EU:C:1993:26, točka 7); z dne 31. januarja 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, točka 58); z dne 21. novembra 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, točka 20), in z dne 13. februarja 2014, Airport Shuttle Express in drugi (C-162/12 in C-163/12, EU:C:2014:74, točka 38).

23 Sodba z dne 31. januarja 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, točke od 64 do 71, zlasti točka 69).



družbi Rai in Mediaset – lažje zlorablja svoj domnevno obstoječ skupen prevladujoči položaj na trgu.<sup>24</sup> Vendar bi šlo predač, če bi se samo zaradi verjetno napačnega ravnanja italijanskih organov pri dodeljevanju digitalnih televizijskih frekvenc protikonkurenčno ravnanje družb Rai in Mediaset štelo za verjetno ali celo neizogibno.

30. Če želi predložitveno sodišče samo na splošno razpravljati o *ideji o konkurenci*, lahko Sodišče to tematiko zadostno obravnava v okviru pojasnil k direktivam 2002/20, 2002/21 in 2002/77; posebna razlaga členov 101, 102 in 106 PDEU pa za to ni potrebna.

31. Zato je treba vprašanja za predhodno odločanje razglasiti za nedopustna v delu, v katerem se nanašajo na razlago členov 56, 101, 102 in 106 PDEU.

## **2. Upoštevnost vprašanj za predhodno odločanje v zvezi z družbo Persidera**

32. Italijanska vlada, dalje, meni, da predlog za sprejetje predhodne odločbe ni pomemben za odločitev, ker je družba Persidera medtem v vsakem primeru dosegla najvišje mogoče število petih multipleksov z oddajnimi frekvencami za digitalno televizijo.

33. Res je, da je treba predlog za sprejetje predhodne odločbe šteti za nedopusten, če se ugotovi, da je bil spor o glavni stvari rešen.<sup>25</sup> V obravnavanem primeru pa ni nobenih zadostnih dokazov za tako rešitev, vsekakor pa ta rešitev ni očitna. Nasprotno, iz spisa je razvidno, da družba Persidera pred nacionalnimi upravnimi sodišči terja ne samo dodelitev dodatnih digitalnih multipleksov, temveč tudi odškodnino. Ker ni izključeno, da se podjetju lahko dodeli odškodnina zaradi protipravnega ravnanja italijanskih organov v preteklosti, je treba zato še naprej domnevati, da so vprašanja za predhodno odločanje upoštevana za odločitev.<sup>26</sup>

34. Glede na to je treba zavrnilo ugovor nedopustnosti italijanske vlade glede tega, da o sporu o glavni stvari ni treba več odločati.

## **3. Zadostnost navedb glede zatrjevane nezakonitosti dveh televizijskih postaj**

35. Nazadnje je treba še obravnavati, ali je morda treba predlog za sprejetje predhodne odločbe razglasiti za nedopusten zato, ker vsebuje premalo pojasnil glede nezakonitosti upravljanja dveh televizijskih postaj konkurentov, ki jo zatrjuje družba Persidera. Ta nezakonitost je premisa, na kateri temelji celoten predlog za sprejetje predhodne odločbe: tako prvo kot drugo vprašanje za predhodno odločanje se izrecno navezujeta nanjo.

36. Priznati moram, da predložitveni sklep Consiglio di Stato glede tega ni zgleden primer jasnosti in natančnosti. Želela bi si, da bi predložitveni sklep konkretnije in bolj strukturirano sporočal, iz česa natančno izhaja zatrjevana nezakonitost in kako učinkuje. Vendar pa predložitveni sklep glede tega vsebuje le zelo pičle dejanske in pravne navedbe.

<sup>24</sup> Glej v tem smislu sodbe z dne 18. junija 1991, ERT (C-260/89, EU:C:1991:254, točka 37); z dne 31. januarja 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, točka 60), in z dne 1. julija 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, točka 50); glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Taricco in drugi (C-105/14, EU:C:2015:293, točka 60).

<sup>25</sup> Sodbi z dne 20. januarja 2005, García Blanco (C-225/02, EU:C:2005:34), in z dne 24. oktobra 2013, Stoilov i Ko (C-180/12, EU:C:2013:693), ter sklep z dne 14. oktobra 2010, Reinke (C-336/08, EU:C:2010:604).

<sup>26</sup> Sodbe z dne 7. septembra 1999, Beck in Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, točka 22); z dne 16. junija 2015, Gauweiler in drugi (C-62/14, EU:C:2015:400, točka 25); z dne 6. septembra 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, točka 20), in z dne 21. decembra 2016, Vervloet in drugi (C-76/15, EU:C:2016:975, točka 57).

37. Ne glede na to pa menim, da predlog za sprejetje predhodne odločbe – kljub njegovim nespornim pomanjkljivostim – dovolj jasno izraža, za kakšno nezakonitost gre. Kot nakazuje že besedilo obeh vprašanj za predhodno odločanje, gre tu za domnevno „kršitev pragov za koncentracije, določenih v nacionalni zakonodaji“, in za to, da sta se navedeni televizijski postaji „upravljali brez koncesije“.

38. Kakor je na splošno razvidno iz spisa, gre pri obeh domnevnih protipravno upravljanih televizijskih postajah, prvič, za kanal „RAI 3“ državne televizije Rai in, drugič, za kanal „Rete 4“ zasebne skupine Mediaset. Družba Persidera v glavnem navaja, da je pri prehodu z analogne na digitalno televizijo upoštevanje teh dveh kanalov pripeljalo do neupravičenega dajanja prednosti družbama Rai in Mediaset v primerjavi z njunimi manjšimi konkurenti. Družbi Rai in Mediaset naj bi tako dobili več digitalnih frekvenc v obliki multipleksov, kot naj bi jima jih pravzaprav pripadalo.

39. Sodišče ima zato na tej točki dovolj podatkov, da poda koristen odgovor na vprašanja za predhodno odločanje. Ne nazadnje kažejo na to tudi stališča, ki so jih v obravnavnem primeru pred Sodiščem podali številni udeleženci postopka.<sup>27</sup>

40. Zato je treba predlog za sprejetje predhodne odločbe z vidika domnevne nezakonitosti obeh televizijskih postaj šteti za dopusten.

41. Tega ne spremeni niti okoliščina, da je več udeležencev postopka – in sicer družbi Rai in RTI ter italijanska vlada – poudarilo, da v zvezi z „RAI 3“ in „Rete 4“ v resnici ni podana nobena nezakonitost. V skladu z ustaljeno sodno prakso<sup>28</sup> se mora Sodišče v zvezi z dejanskim in pravnim položajem, ki sta pomembna za postopek v glavni stvari, opreti samo na opis predložitvenega sodišča, katerega pravilnosti ne preizkuša,<sup>29</sup> čeprav bi o njem dvomili nekateri udeleženci postopka, v tem primeru družbi Rai in RTI ter Italija.

#### **4. Vmesni predlog**

42. Glede na navedeno je predlog za sprejetje predhodne odločbe torej nedopusten samo v delu, v katerem se nanaša na člene 56, 101, 102 in 106 PDEU. V preostalem pa ga je treba šteti za dopustnega.

### **B. Vsebinska presoja vprašanj za predhodno odločanje**

43. Tako za dejansko stanje v postopku v glavni stvari kot tudi za pravo, ki se uporabi, je značilna precejšnja zapletenost. Na žalost niti navedbe predložitvenega sodišča niti navedbe udeležencev postopka niso prispevale k osvetlitvi zadeve. Prej so prispevale k temu, da se je primer po nepotrebnem zapletel in da se je pogled na bistvo zameglil.

44. Ta postopek je treba, kot je bilo že navedeno, obravnavati v okviru prehoda z analognih na digitalne frekvence v Italiji in osvetliti pravni vidik enega dela tega prehoda: ta postopek se nanaša izključno na izračun števila digitalnih oddajnih frekvenc, ki so bile dodeljene operaterjem omrežij, ki so že prej delovali na trgu analogne televizije. V kolikšnem obsegu se je lahko pri izračunu teh digitalnih frekvenc, ki so bile dodeljene, upoštevalo število analognih televizijskih programov, ki so jih

<sup>27</sup> Glej v tem smislu med drugim sodbo z dne 18. oktobra 2011, Boxus in drugi (od C-128/09 do C-131/09, C-134/09 in C-135/09, EU:C:2011:667, točka 27).

<sup>28</sup> Glej med drugim sodbi z dne 25. januarja 2011, Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, točka 41), in z dne 6. oktobra 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, točka 13).

<sup>29</sup> Ustaljena sodna praksa, glej na primer sodbi z dne 13. oktobra 2016, Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, točka 16), in z dne 31. januarja 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, točka 56).

do tedaj oddajala posamezna podjetja? Ali se je lahko domnevna nezakonitost upravljanih analognih televizijskih kanalov upoštevala v izračunu (prvo vprašanje za predhodno odločanje) in ali je ta izračun lahko z računskega vidika pripeljal do različnih pretvorbenih razmerij posameznih operaterjev omrežja (drugo vprašanje za predhodno odločanje)?

45. Menim, da sta obe vprašanji Consiglio di Stato med seboj tako tesno povezani, da ju je treba obravnavati skupaj.

### **1. Upoštevni predpisi prava Unije in pravna načela**

46. Za odgovor na obe vprašanji so pomembne predvsem različne določbe sekundarnega prava novega skupnega regulativnega okvira, in sicer člena 8 in 9 Direktive 2002/21, členi 3, 5 in 7 Direktive 2002/20 in člena 2 in 4 Direktive 2002/77. Vse te določbe skupaj izražajo, da imajo države članice pri dodeljevanju frekvenc določeno polje proste presoje, ki pa ga morajo vsekakor uporabiti v skladu s splošnimi načeli prava Unije, in sicer načeli prepovedi diskriminacije, preglednosti in sorazmernosti, pri čemer morajo paziti tudi na učinkovito upravljanje in uporabo frekvenc ter ustrezno upoštevati pluralnost medijev.

47. Navedene določbe in pravna načela je treba upoštevati ne samo pri prvi dodelitvi frekvenc, temveč tudi pri vsaki nadaljnji dodelitvi – torej tudi pri prehodu z analognih na digitalne frekvence, ki je sporen v tem primeru.<sup>30</sup> Prvič, novi skupni regulativni okvir se namreč uporablja za vse postopke, ki pripeljejo do dodelitve frekvenc;<sup>31</sup> sicer bi bilo mogoče, da se cilj, določen s pravom Unije, namreč trajno ustvariti položaj, ki izpolnjuje zahteve novega skupnega regulativnega okvira, ne bi dosegel. Drugič, še zlasti prehod k novim tehnologijam digitalne televizije bi v resnici pripeljal do prve dodelitve teh oddajnih frekvenc nove vrste.

48. V obravnavanem primeru je bilo jasno in razumljivo, po kateri metodi bodo v Italiji do takrat uporabljane analogne televizijske frekvence pretvorjene v digitalne. V skladu s tem ni toliko težava v morebitni nepreglednosti postopka pretvorbe. Bolj gre za to, da družba Persidera meni, da je zaradi *metode pretvorbe*, ki so jo izbrali nacionalni organi v Italiji, v *slabšem položaju* v primerjavi s svojima večjima konkurentoma, in sicer družbama Rai in Mediaset. Spor torej navsezadnje zadeva načelo enakega obravnavanja oziroma prepovedi diskriminacije,<sup>32</sup> pri uporabi katerega imajo seveda pomembno vlogo tudi druga načela, na katerih temelji novi skupni regulativni okvir, kot na primer načelo sorazmernosti.

<sup>30</sup> Podobno sodba z dne 21. marca 2013, Belgacom in drugi (C-375/11, EU:C:2013:185, točke od 37 do 39), glede uporabe Direktive 2002/20 za podaljšanje že dodeljenih pravic uporabe za radijske frekvence.

<sup>31</sup> Na to nakazuje na primer člen 7(2) Direktive 2002/20, v katerem se omenja podelitev nadaljnjih pravic uporabe radijskih frekvenc.

<sup>32</sup> V zvezi s tem izrazom glej na primer sodbo z dne 12. septembra 2006, Eman undin Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, točka 57); v nadaljevanju bom zaradi poenostavitve govorila izključno o načelu enakega obravnavanja.

49. Tako kot vsa splošna pravna načela prava Unije morajo države članice pri izvajanju prava Unije upoštevati tako načelo enakega obravnavanja kot tudi načelo sorazmernosti.<sup>33</sup> Države članice se ne smejo opreti na nobeno razlago zadevnih direktiv, ki bi bila v nasprotju s splošnimi načeli prava Unije.<sup>34</sup> Novi skupni regulativni okvir pa opozarja na to dolžnost, ki izhaja iz primarnega prava, na sekundarnopravni ravni ter jo poleg tega konkretizira v členu 8(1) in členu 9(1), drugi stavek, ter v uvodni izjavi 19 Direktive 2002/21, dalje, v členu 5(2), drugi pododstavek, in členu 7(3) Direktive 2002/20 ter, nazadnje, v členu 2(4) in členu 4, točka 2, Direktive 2002/77.<sup>35</sup>

## **2. Načelo enakega obravnavanja**

50. Načelo enakega obravnavanja, ki velja v pravu Unije in ki je bilo medtem določeno v členih 20 in 21 Listine o temeljnih pravicah, v skladu s sodno prakso zahteva, da se primerljivi položaji ne smejo obravnavati različno in da se različni položaji ne smejo obravnavati enako, razen če je tako obravnavanje objektivno upravičeno.<sup>36</sup>

### **a) Različno obravnavanje**

51. Ali so dejanska stanja primerljiva, je treba presojati med drugim glede na cilj in namen posameznega ukrepa. Pri tem je treba upoštevati načela in cilje področja urejanja, kamor spada sporni ukrep.<sup>37</sup>

52. V obravnavanem primeru je torej treba preučiti položaj družb Rai, Mediaset in Persidera glede na dodelitev osmih multipleksov, ki so se dodeljevali v prvi skupini digitalnih televizijskih frekvenc.<sup>38</sup> Namen teh frekvenc je bil, kakor je bilo že omenjeno, zagotavljanje kontinuitete televizijske ponudbe in jih je bilo treba nazadnje dodeliti operaterjem omrežij, ki so že pred tem ponujali analogne televizijske postaje.

53. Posebej z vidika dodelitve teh osmih multipleksov in ciljev, ki se s tem uresničujejo, so bile družbe Rai, Mediaset in Persidera, kolikor je razvidno, v popolnoma primerljivem položaju: vsa tri podjetja so namreč do tedaj v Italiji že upravljala analogne televizijske postaje. Torej je lahko vsako od teh podjetij v skladu z načrtom za razporeditev frekvenc, pripravljenim za Italijo, zahtevalo digitalne frekvence iz prve skupine osmih multipleksov, ki naj bi mu omogočile, da še naprej oddaja svoje televizijske programe.

33 Glej kot podlago za upoštevanje splošnih pravnih načel prava Unije sodbi z dne 10. marca 2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, točka 45, drugi stavek), in z dne 26. aprila 2005, „Goed Wonen“ (C-376/02, EU:C:2005:251, točka 32); glej posebej v zvezi z načelom enakega obravnavanja sodbo z dne 11. julija 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, točka 56, prvi in drugi stavek), in v zvezi z načelom sorazmernosti sodbi z dne 10. marca 2005, Tempelman in van Schaijk (C-96/03 in C-97/03, EU:C:2005:145, točka 46), in z dne 9. marca 2010, ERG in drugi (C-379/08 in C-380/08, EU:C:2010:127, točka 86).

34 Sodbe z dne 6. novembra 2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, točka 87); z dne 26. junija 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone in drugi (C-305/05, EU:C:2007:383, točka 28, drugi stavek); z dne 21. decembra 2011, NS (C-411/10 in C-493/10, EU:C:2011:865, točka 77), in z dne 19. septembra 2013, Preveritev Komisija/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, točka 40).

35 Člen 2(4) in člen 4, točka 2, Direktive 2002/77 zadevata „sorazmerna“ merila, kar pa ni nič drugega kot sklicevanje na načelo sorazmernosti.

36 Sodbe z dne 16. decembra 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine in drugi (C-127/07, EU:C:2008:728, točka 23); z dne 14. septembra 2010, Akzo Nobel Chemicals in Akros Chemicals/Komisija (C-550/07 P, EU:C:2010:512, točki 54 in 55), in z dne 21. decembra 2016, Vervloet in drugi (C-76/15, EU:C:2016:975, točka 74).

37 Sodbe z dne 16. decembra 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine in drugi (C-127/07, EU:C:2008:728, točki 25 in 26); z dne 1. marca 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats in drugi (C-236/09, EU:C:2011:100, točka 29); z dne 11. julija 2013, Ziegler/Komisija (C-439/11 P, EU:C:2013:513, točka 167), in z dne 6. novembra 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, točka 51).

38 Glej v zvezi s tem točko 19 teh sklepnih predlogov.

54. Gotovo v zvezi s tem *formalno* gledano ni prišlo do nikakršnega različnega obravnavanja družb Rai, Mediaset in Persidera. Nasprotno, za vse dotedanje upravljavce analognih televizijskih postaj v Italiji je bila uporabljena enaka metoda pretvorbe. V skladu z njo so vsi operaterji omrežij, ki so do tedaj že ponujali analogno televizijo, dobili vsaj en digitalni multipleks, tisti med njimi, ki pa so imeli več analognih televizijskih postaj, pa so dobili vsak po en digitalni multipleks manj, kot je bilo dejansko število njihovih analognih postaj.

55. Vendar načelo enakega obravnavanja ne zajema samo formalnega (direktnega, neposrednega) različnega obravnavanja, temveč tudi *materialno* (indirektno, posredno) različno obravnavanje, pri katerem je uporaba nekega navidezno nevtralnega merila v resnici še posebej v škodo določeni osebi oziroma določeni skupini oseb.<sup>39</sup>

56. V obravnavanem primeru je bila navedena metoda pretvorbe posebej v škodo družbi Persidera (prej TIMB), ki drugače kot oba velika operaterja omrežij, družbi Rai in Mediaset, do takrat ni imela treh, temveč samo dva analogna televizijska programa. Medtem ko je pretvorbena razmerje v primeru družb Rai in Mediaset namreč znašalo 66,67 % (za vsake tri analogne televizijske postaje sta jima bila dodeljena dva digitalna multipleksa), pa je pretvorbena razmerje v primeru družbe Persidera – prej TIMB – znašalo le 50 % (za dve analogni televizijski postaji je bil družbi TIMB dodeljen en sam digitalni multipleks).

57. Zato je metoda za pretvorbo obstoječih analognih oddajnih frekvenc v nove digitalne oddajne frekvence, ki jo je uporabila Italija, pripeljala do očitnega različnega obravnavanja družbe Persidera v primerjavi z obema večjima konkurentoma, družbama Rai in Mediaset, ne z vidika *metode pretvorbe*, ampak z vidika doseženega *izida pretvorbe*.

#### **b) Utemeljenost**

58. Novi skupni regulativni okvir izrecno dopušča, da nacionalni organi v okviru dodelitve in uporabe frekvenc sprejmejo ukrepe, s katerimi se uresničujejo cilji v splošnem interesu (glej zlasti člen 9(1), drugi pododstavek, in (4), drugi pododstavek, Direktive 2002/21 ter člen 5(1), drugi stavek, zadnja alineja, in (2), drugi pododstavek, Direktive 2002/20).<sup>40</sup>

59. V postopku pred Sodiščem sta bila v bistvu navedena dva razloga za opisano različno obravnavanje: prvič, italijanska država naj bi želela zagotoviti kontinuiteto televizijske ponudbe.<sup>41</sup> Drugič, bilo naj bi nemogoče doseči povsem enako pretvorbena razmerje za vsakega operaterja omrežja, saj nobenemu podjetju glede na nedeljivost frekvenc ne bi bilo mogoče dodeliti delov multipleksov. Oba cilja bom v nadaljevanju obravnavala posebej, ukrepe, sprejete za uresničitev teh ciljev, pa bom preučila z vidika sorazmernosti.

<sup>39</sup> Tako na primer z vidika prepovedi diskriminacije v okviru prostega pretoka delavcev sodba z dne 14. februarja 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, točka 49). V zvezi s pojmovnim parom formalne in materialne diskriminacije glej še sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Lagranga v zadevi Italija/Komisija (13/63, EU:C:1963:9) in sklepne predloge generalnega pravobranilca P. VerLorna van Themaata v združenih zadevah Seco in Desquenne & Giral (62/81 in 63/81, EU:C:1981:305).

<sup>40</sup> Glej poleg tega uvodno izjavo 36 Direktive 2009/140.

<sup>41</sup> Družba Rai opozarja še na svojo posebno obveznost opravljanja storitev v splošnem interesu. Vendar predložitveno sodišče tega vidika ne izpostavlja posebej, zaradi česar ga v nadaljevanju niti ne bom podrobno obravnavala. Tu bom zgolj opozorila, da je mogoče moje navedbe v zvezi z zagotavljanjem kontinuitete televizijske ponudbe, zlasti navedbe v zvezi s sorazmernostjo, prenesti tudi na dodelitev frekvenc s ciljem zagotavljanja storitev v splošnem interesu.

60. V skladu z načelom sorazmernosti, ki je eno od splošnih načel prava Unije, zadevni ukrepi ne smejo prestopiti meja tistega, kar je primerno in potrebno za uresničitev legitimnih ciljev zadevne ureditve, pri tem pa je treba takrat, ko je mogoče izbrati med več ponujenimi primernimi ukrepi, uporabiti tistega, ki je najmanj omejujoč, povzročene neprijetnosti pa ne smejo biti čezmerne glede na zelene cilje.<sup>42</sup>

61. Francoska sodišča bistveno bolj elegantno, vsebinsko pa popolnoma enako, v ustaljeni sodni praksi opredeljujejo, da mora biti ukrep „primeren, nujen in sorazmeren s ciljem, ki ga uresničuje“.<sup>43</sup> Podobno jedrnata je opredelitev v nemški sodni praksi, ki zahteva, da poseg v temeljno pravico „služi legitimnemu namenu ter je kot sredstvo za ta namen ustrezen, nujen in primeren“.<sup>44</sup>

62. Ker se obravnavani primer nanaša na svobodo in pluralnost medijev, ki sta temeljni vrednoti za skupno življenje v demokratični družbi (glej tudi člen 11(2) Listine o temeljnih pravicah), je treba pri preizkusu sorazmernosti uporabiti strožja merila.<sup>45</sup> Različno obravnavanje je zato dopustno samo, če je nujno potrebno, da se dosledno in sistematično uresničujejo cilji v splošnem interesu.

#### *i) Zagotavljanje kontinuitete televizijske ponudbe*

63. Kar, najprej, zadeva zagotavljanje kontinuitete televizijske ponudbe, gre za legitimen interes, na katerega se nacionalni organi pri pripravi načrta za razporeditev frekvenc lahko sklicujejo.

64. Namen navedene kontinuitete je zlasti varstvo potrošnikov, ki je med drugim v uvodni izjavi 6 Direktive 2002/21 omenjeno na pomembnem mestu in se poleg tega odraža v zahtevi po „maksimiranju koristi za uporabnike“ (člen 7(1)(a) Direktive 2002/20). Potrošnikom se tako olajša izvajanje njihove temeljne pravice do svobode obveščanja (člen 11(1), drugi stavek, Listine o temeljnih pravicah) in zadovoljevanje njihovih kulturnih potreb, če so jim kljub prehodu z analogne na digitalno televizijo še naprej na voljo običajne televizijske postaje.

65. Ta kontinuiteta televizijske ponudbe je lahko povsem primerna, če pristojni nacionalni organi eno skupino digitalnih multipleksov pridržijo za tiste operaterje omrežij, ki so do tedaj že imeli v ponudbi analogne televizijske postaje, in vsakemu od njih obljubijo, da bo dobil dovolj digitalnih frekvenc, da bo lahko dotedanja analogno ponudbo nadaljeval v digitalni obliki.

66. Vendar je v skladu z ustaljeno sodno prakso ukrep primeren za zagotovitev uresnitve zatrjevanega cilja samo, če resnično zagotavlja, da se ta cilj doseže dosledno in sistematično.<sup>46</sup>

42 Sodbe z dne 11. julija 1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, točka 21); z dne 3. julija 2003, Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, točka 76), in z dne 10. marca 2005, Tempelman in van Schaijk (C-96/03 in C-97/03, EU:C:2005:145, točka 47); v istem smislu sodbi z dne 9. marca 2010, ERG in drugi (C-379/08 in C-380/08, EU:C:2010:127, točka 86), in z dne 16. junija 2015, Gauweiler in drugi (C-62/14, EU:C:2015:400, točki 67 in 91).

43 V francoskem izvorniku: „adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit“; glej na primer Conseil constitutionnel, odločbi št. 2015-527 QPC z dne 22. decembra 2015 (FR:CC:2015:2015.527.QPC, točki 4 in 12) in št. 2016-536 QPC z dne 19. februarja 2016 (FR:CC:2016:2016.536.QPC, točki 3 in 10); podobno Conseil d'État, sodba št. 317827 z dne 26. oktobra 2011 (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

44 Glej v zvezi s tem na primer novejšo sodno prakso nemškega Bundesverfassungsgericht, na primer BVerfGE 120, 274, 318 in 319 (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, točka 218). „Sorazmeren“ je v tem primeru sinonim za „sorazmeren v ožjem smislu“.

45 V tem smislu sodba z dne 8. aprila 2014, Digital Rights Ireland in drugi (C-293/12 in C-594/12, EU:C:2014:238, točka 47), v kateri Sodišče poudarja, da je obseg polja proste presoje, ki ga ima zakonodajalec Unije, omejen glede na nekatere elemente, med katerimi so zlasti zadevno področje, narava zadevne pravice, zagotovljene z Listino, narava in teža poseganja ter cilj tega poseganja.

46 Sodbe z dne 10. marca 2009, Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141, točka 55); z dne 17. novembra 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, točka 42), in z dne 13. julija 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, točka 34). Ta sodna praksa v zvezi s temeljnimi svoboščinami mora veljati tudi za nov skupni regulativni okvir, ki je urejen na ravni sekundarnega prava, zlasti ker je ta med drugim namenjen uresničevanju temeljnih svoboščin.

67. Če bi se v postopku v glavni stvari na podlagi ugotovitev predložitvenega sodišča – do katerih bo navedeno sodišče morda še prišlo – izkazalo, da je bilo družbama Rai in Mediaset s tem, da so jima bili dodeljeni po trije multipleksi, dodeljenih več digitalnih frekvenc, kot bi bilo nujno potrebno za nadaljevanje dotedanjih analognih televizijskih postaj,<sup>47</sup> medtem ko je družba Persidera dobila manj digitalnih frekvenc, kot je bilo potrebno, oziroma vsekakor ni bila deležna enake velikodušnosti, bi to pomenilo, da metoda pretvorbe, ki so jo uporabili italijanski organi, ni dosledna in torej ne bi mogla prestati preizkusa sorazmernosti.

68. Poleg tega bi bila dodelitev več frekvenc, kot je potrebnih, obema vodilnima na trgu, družbama Rai in Mediaset, v nasprotju s konkurenco. K osnovni skrbi novega skupnega regulativnega okvira namreč spada podpiranje konkurence (glej zlasti člen 7(1)(a) Direktive 2002/20 in člen 8(2) Direktive 2002/21)<sup>48</sup> in preprečevanje izkrivljanja konkurence na področju elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev (glej zlasti člen 5(6) Direktive 2002/20 in člen 8(2)(b) Direktive 2002/21), skupaj s prizadevanjem za spodbujanje pluralnosti medijev (glej v zvezi s tem člen 8(1), tretji pododstavek, in člen 9(4), drugi pododstavek, točka (b), ter uvodno izjavo 6 Direktive 2002/21 in člen 11(2) Listine o temeljnih pravicah). Konkurenca in pluralnost medijev se povsem konkretno kažeta v svobodnem zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev (člen 3(1) Direktive 2002/20 in člen 2(2) Direktive 2002/77). V zvezi s tem je nacionalnim organom izrecno naloženo, da zagotovijo, da se konkurenca ne izkrivlja zaradi kopičenja pravic uporabe radijskih frekvenc (člen 5(6), drugi stavek, Direktive 2002/20), in lahko sprejmejo ukrepe proti kopičenju spektra (člen 9(7) Direktive 2002/21).

69. Če pa bi bilo obema daleč največjima podjetjema na italijanskem televizijskem trgu – družbama Rai in Mediaset – dodeljenih več multipleksov, kot bi bilo potrebnih za nadaljevanje njunega dotedanjega analognega televizijskega programa, bi lahko taka dodelitev več frekvenc, kot je potrebnih, pripeljala do kopičenja frekvenc v rokah obeh vodilnih na trgu in še bolj okrepila njun že tako pomemben konkurenčni položaj v razmerju do njunih manjših konkurentov,<sup>49</sup> kar bi lahko pripeljalo do omejevanja možnosti izbire potrošnikov in nazadnje tudi do oslabitve pluralnosti medijev.

70. Še posebej huda kršitev konkurence bi bila, če bi se uresničila premisa, ki jo je v predložitvenem sklepu izrecno opredelilo Consiglio di Stato in v skladu s katero bi se pri pretvorbi analognih televizijskih frekvenc v digitalne v korist družb Rai in Mediaset upoštevali tudi dve nezakonito upravljani televizijski postaji – „RAI 3“ in „Rete 4“.<sup>50</sup> Družbi RAI in Mediaset, ki sta obe vodilni na italijanskem trgu, bi se potem namreč za posebno ugodno pretvorbena razmerje v višini 66,67 % (vsaki dva digitalna multipleksa za vsake tri analogne televizijske postaje) lahko zahvalili nezakonitemu ravnanju. Tako prednost, ki bi navsezadnje temeljila samo na stalnosti nezakonitega položaja, pa bi bilo treba šteti za protikonkurenčno.

47 V pisnem in ustnem postopku pred Sodiščem je več udeležencev postopka navedlo, da je z digitalnimi frekvencami mogoče oddajati več televizijskih programov hkrati. Šlo je za uporabo enega digitalnega multipleksa za do štiri in celo do šest takih programov, odvisno od kakovosti prenosa. Zato se postavlja vprašanje, ali ne bi že dodelitev posameznega digitalnega multipleksa zadostovala, da bi se družbama Rai in Mediaset omogočilo nadaljevanje njune dotedanje televizijske ponudbe, ki je po podatkih udeležencev postopka pri vsaki zajemala tri analogne postaje. Družbi Rai in Mediaset sta na obravnavi tovrstnemu pogledu nasprotovali. Navsezadnje pa bo naloga predložitvenega sodišča, da v zvezi s to problematiko ugotovi vsa ustrezna dejstva in iz tega izpelje potrebne sklepe. Pri tem bo moralo upoštevati, da naj bi bile digitalne frekvence prve skupine, ki so sporne v tem primeru, namenjene zgolj *nadaljevanju*, in ne na primer *širjenju* ali temeljnemu *izboljšanju* dotedanje televizijske ponudbe (ne glede na izboljšanje, ki lahko izhaja že iz prehoda na digitalni prenos).

48 Glej tudi sodbo z dne 23. aprila 2015, Komisija/Bolgarija (C-376/13, EU:C:2015:266, točka 69).

49 Glej v zvezi s tem tudi sodbo z dne 31. januarja 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, točka 98 in 99), v kateri je Sodišče poudarilo, da so ukrepi, ki ohromijo strukture domačega trga in zavarujejo položaj nacionalnih operaterjev, ki že delujejo na trgu, nezdržljivi z direktivami novega skupnega regulativnega okvira.

50 Sodišče ni pristojno, da v postopku predhodnega odločanja presoja, ali je oziroma je bilo upravljanje „RAI 3“ in „Rete 4“ dejansko nezakonito. Za namene tega postopka predhodnega odločanja mora Sodišče namreč izhajati iz premise, ki jo je oblikovalo Consiglio di Stato, ter nanjo opreti svojo presojo.

71. Morebitna dodelitev več frekvenc, kot je potrebnih, družbama Rai in Mediaset ter morebitno upoštevanje nezakonito upravljanih televizijskih postaj pri pretvorbi analognih frekvenc v digitalne bi bila v diametralnem nasprotju s ciljema podpiranja konkurence na področju elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev ter krepitev pluralnosti medijev, ki ju je določil zakonodajalec Unije.

72. Zagotavljanja kontinuitete televizijskega programa v tovrstnih okoliščinah ne bi bilo mogoče uporabiti kot utemeljitev za različno obravnavanje družb Rai in Mediaset na eni in družbe Persidera na drugi strani.

*ii) Ohranitev nedeljivosti frekvenc*

73. Kar, nato, zadeva nedeljivost frekvenc, gre za nujnost, ki se je po naravi stvari lahko in se je tudi morala upoštevati ob prehodu s starega sistema analognih oddajnih frekvenc na novi sistem digitalnih frekvenc. Navsezadnje je preprečevanje delitve na dele pri dodeljevanju frekvenc eden od vidikov učinkovitega upravljanja in uporabe televizijskih frekvenc, za katera si države članice prizadevajo in ju zagotavljajo v skladu s členom 8(2)(d) in členom 9(1) in (4), drugi pododstavek, točka (c), Direktive 2002/21 ter v skladu s členom 5(2), prvi pododstavek, (5) in (6), prvi stavek, Direktive 2002/20.

74. Nedvomno je bila dodelitev tretjega digitalnega multipleksa družbama Rai in Mediaset primerna za to, da se je osem razpoložljivih multipleksov prve skupine razdelilo vsem upravičenim operaterjem omrežij, pri čemer je bila ohranjena njihova nedeljivost in ne da bi pri tem nastali deli.

75. Navedena dodelitev tretjega digitalnega multipleksa družbama Rai in Mediaset pa vsekakor ni bila edina možnost ohranitve nedeljivosti frekvenc. Nasprotno, to bi bilo mogoče doseči tudi z drugačnim ravnanjem, ki bi imelo manj neugodnih učinkov na konkurenco.

76. Zlasti bi lahko italijanski organi morebitne presežne multiplekse iz prve skupine<sup>51</sup> na podlagi objektivnih meril dodelili tistemu ali tistim operaterjem omrežij, ki bi lahko te frekvence najbolje uporabili v smislu krepitev konkurence in nadaljevanja dotedanega analognega televizijskega programa. Nikakor ni res, da bi to bila oba vodilna na trgu, družbi RAI in Mediaset.

77. Nadaljnja možnost bi bila še, da bi italijanski organi po potrebi – in ob pridržku nadaljnjih ugotovitev predložitvenega sodišča – presežne multiplekse iz prve skupine dodelili več operaterjem omrežij v skupno uporabo, če bi lahko vsak od teh operaterjev vedel, na katerih tam vsebovanih digitalnih frekvencah lahko oddaja svoj televizijski program na nek vnaprej določen dan v tednu ali ob nekem vnaprej določenem času dneva.

78. Glede na soglasne trditve udeležencev postopka, da vsak digitalni multipleks omogoča oddajanje več televizijskih programov, bo predložitveno sodišče poleg tega moralo preučiti, ali ne obstaja možnost, da različni ponudniki storitev uporabljajo en multipleks za več televizijskih programov.

79. Vsekakor je treba ugotoviti, da ohranitev nedeljivosti frekvenc ne zadostuje za utemeljitev različnega obravnavanja družb Rai in Mediaset na eni ter družbe Persidera na drugi strani, ki je sporno v tem primeru.

<sup>51</sup> Glej v zvezi s tem ponovno točko 19 teh sklepnih predlogov.



## VI. Predlog

80. Ob upoštevanju navedenih razmislekov Sodišču predlagam, naj na predlog za sprejetje predhodne odločbe Consiglio di Stato odgovori:

Člena 8 in 9 Direktive 2002/21, členi 3, 5 in 7 Direktive 2002/20 ter člena 2 in 4 Direktive 2002/77 nasprotujejo nacionalni metodi za dodelitev digitalnih televizijskih frekvenc, učinek katere je, da oba vodilna na trgu glede na število svojih dotedanjih analognih televizijskih postaj dobita več digitalnih frekvenc kot njuni manjši konkurenti, razen če bi bil tak postopek utemeljen z uresničevanjem legitimnih ciljev v splošnem interesu.

K tem legitimnim ciljem spada zagotavljanje kontinuitete televizijskega programa in ohranitev nedeljivosti televizijskih frekvenc. Vendar mora biti na take cilje oprto različno obravnavanje operaterjev omrežij strogo omejeno na to, kar je ob upoštevanju konkurence in pluralnosti medijev, na katerih temeljijo te tri direktive, nujno potrebno, da se dosledno in sistematično uresničujeta navedena cilja.

Šlo bi za še posebej hudo kršitev konkurence, če bi na podlagi nacionalne metode za dodeljevanje digitalnih televizijskih frekvenc oba vodilna na trgu ob upoštevanju do tedaj nezakonito upravljanih analognih televizijskih postaj dobila več digitalnih frekvenc kot njuni manjši konkurenti.