



Datum van inontvangstneming : 31/03/2016

Zaak C112/16

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

24 februari 2016

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

2 juli 2015

Verzoekende partij:

Telecom Italia Media Broadcasting S.r.l., in de loop van het geding Persidera S.p.a. geworden,

Verwerende partijen:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep tegen vonnis nr. 01398/2014 van het Tribunale amministrativo regionale del Lazio (hierna: „TAR Lazio” of „TAR”) betreffende de toewijzing van gebruiksrechten van frequenties voor digitale terrestrische radio- en televisie-uitzendingen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Verenigbaarheid met de wetgeving en beginselen van de Unie van de Italiaanse regeling die het aantal digitale kanalen vaststelt dat aan de marktdeelnemers wordt toegewezen bij de overschakeling van analoge kanalen.

Artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

- Verzet het Unierecht, meer in het bijzonder de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU, artikel 9 van richtlijn 2002/21/EG, de zogenoemde kaderrichtlijn, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG, de zogenoemde machtigingsrichtlijn, en de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG, de zogenoemde mededingingsrichtlijn, alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrijheid van mededinging, evenredigheid, doeltreffendheid en pluralisme op informatiegebied, zich tegen een nationale regeling die voor de vaststelling van het aantal digitale kanalen dat bij de omschakeling van analoge kanalen aan de marktdeelnemers moet worden toegewezen, bepaalt dat ook analoge kanalen die in het verleden zijn geëxploiteerd in strijd met de concentratiegrenzen voorgeschreven door nationale regelingen die reeds door het Hof van Justitie of de Europese Commissie zijn bekritiseerd, althans zonder vergunning zijn geëxploiteerd, in gelijke mate in aanmerking worden genomen als de analoge zenders die rechtmatig zijn geëxploiteerd?

- Verzet het Unierecht, meer in het bijzonder de artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU, artikel 9 van richtlijn 2002/21/EG, de zogenoemde kaderrichtlijn, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG, de zogenoemde machtigingsrichtlijn, en de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG, de zogenoemde mededingingsrichtlijn, alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrijheid van mededinging, evenredigheid, doeltreffendheid en pluralisme op informatiegebied, zich tegen een nationale regeling die voor de vaststelling van het aantal digitale kanalen dat bij de omschakeling van analoge kanalen aan de marktdeelnemers moet worden toegewezen – waarbij alle tot op dat moment geëxploiteerde kanalen in aanmerking worden genomen, ook indien zij de concentratiegrenzen overschreden die waren voorgeschreven door nationale regelingen die reeds door het Hof van Justitie of de Europese Commissie zijn bekritiseerd, althans zonder vergunning zijn geëxploiteerd – in concreto tot gevolg heeft dat de vermindering van het aantal digitale kanalen ten opzichte van het aantal in het analoge systeem geëxploiteerde kanalen in het geval van een marktdeelnemer met meerdere kanalen naar verhouding groter is dan de vermindering die aan zijn concurrenten wordt opgelegd?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2002/20/EG

Richtlijn 2002/21/EG

Richtlijn 2002/77/EG

Artikel 4 VWEU

Artikelen 56, 101, 102 en 106 VWEU

Artikel 11 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Wet nr. 66 van 20 maart 2001

Wet nr. 112 van 3 mei 2004

Wetgevingsdecreet nr. 352/2003

Wetgevingsdecreet nr. 177/2005

Wet nr. 42/2008

Wetsdecreet nr. 59/2008

Wet nr. 101/2008

Wet nr. 88/2009

Wetsdecreet nr. 16 van 2012, thans, na wijziging, wet nr. 44 van 26 april 2012

Besluiten van AGCOM nrs. 181/09/CONS, 300/10/CONS, 497/10/CONS, 550/12/CONS en 277/13/CONS

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Telecom Italia Media Broadcasting S.r.l. (hierna: „TIMB”), die in de loop van het geding Persidera S.p.a. is geworden, heeft het TAR Lazio verzocht om nietigverklaring van: (a) de besluiten waarbij het ministerie van Economische ontwikkeling (ministero dello Sviluppo economico; hierna: „MiSE”) de gebruiksrechten voor de frequenties voor digitale terrestrische radio- en televisiezendingen heeft toegewezen; (b) de besluiten van de toezichthouder voor communicatie (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni; hierna: „AGCom”), waaronder nr. 181/09/CONS, nr. 300/11/CONS en nr. 265/12/CONS.
- 2 TIMB voerde aan dat haar slechts drie digitale frequenties zijn toegewezen, terwijl zij voorafgaand aan de overschakeling („switch-off”) rechtmatig en feitelijk vier kanalen beheerde (twee analoge, La7 en MTV, en twee digitale, TIMB1 en MBONE). Dienaangaande betoogde zij in de eerste plaats dat de ministeriële toewijzingsbesluiten in strijd zijn met het beginsel van de één-op-één-omzetting (elke marktdeelnemer heeft het recht om elke eerder beheerde analoge en digitale

kanaal in een digitale zender om te zetten) dat volgens TIMB in het geldende wet- en regelgevingskader is vastgelegd.

- 3 Daarnaast voerde zij aan discriminerend en in strijd met het evenredigheidsbeginsel te zijn behandeld, aangezien zij de enige nationale marktdeelnemer is die niet alle rechtmatig door haar beheerde zenders heeft kunnen omzetten. In elk geval is op haar een omzettingsfactor toegepast die in vergelijking met die van Mediaset (RTI - Reti Televisive Italiane) en RAI (Radio Televisione Italiana S.p.a.) niet evenredig is. Bij laatstgenoemden zijn namelijk alle kanalen, en niet alleen de rechtmatig beheerde, bij de omzetting in aanmerking genomen, zodat aan elk van hen twee frequenties toegewezen terwijl zij drie analoge kanalen beheerden.
- 4 Subsidiair, voor het geval de toewijzingsbesluiten in overeenstemming met besluit 181/09/CONS worden geacht, heeft TIMB tegen het laatstgenoemde besluit aangevoerd dat artikel 8-novies, lid 4, van wetsdecreet 59/2008, waarbij dit besluit in wet is omgezet, in strijd is met het Unierecht en de grondwet, en verzocht deze bepaling buiten toepassing te laten dan wel krachtens artikel 267 VWEU een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor te leggen dan wel, subsidiair, te verzoeken de grondwettigheid ervan te toetsen. TIMB heeft tevens aangevoerd dat het beginsel van gelijkwaardigheid van de netwerken (artikel 6, onder a), van besluit 181/09/CONS en artikel 1, lid 4, van besluit 300/10/CONS) is geschonden omdat aan haar frequenties zijn toegewezen die niet met toepassing van de SFN-techniek zijn gepland of ernstige storing vertonen.
- 5 Op grond van deze grieven heeft TIMB verzocht vast te stellen dat zij recht heeft op de toewijzing van gebruiksrechten voor de exploitatie van vier digitale terrestrische frequenties, en de overheidsinstanties te veroordelen om nog een frequentie toe te wijzen dan wel schadevergoeding te betalen. RAI, RTI, TBS – Television Broadcasting System S.p.a, Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino S.r.l., Rete A S.p.a. en Sky Italia S.r.l. waren verweerders in eerste aanleg. Het TAR heeft het beroep bij vonnis nr. 1398/2014 deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond verklaard.
- 6 De verwijzende rechter voegt daaraan toe dat TIMB bij het TAR Lazio beroep heeft ingesteld tegen de besluiten van het MiSE en AGCom tot uitvoering van artikel 3-quinquies van wetsdecreet 16/2012, omgezet in wet 44/2012, waarbij de *beauty contest*-procedure werd vervangen door een veiling bij opbod. De Eerste kamer van het TAR heeft het beroep bij vonnis nr. 9981/2014 verworpen. In het daaropvolgende hoger beroep heeft de Consiglio di Stato bij beschikking nr. 4774/2015 een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorgelegd.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 7 TIMB heeft tegen het vonnis van het TAR hoger beroep ingesteld, waarbij zij meer in het bijzonder aanvoert dat:
- in het vonnis ten onrechte wordt geoordeeld dat bij besluit 181/09/CONS, teneinde de bezwaren van de Europese Commissie (advies van 19 juli 2007 – C 2007/3339) weg te nemen en de inbreukprocedure te kunnen afsluiten, het beginsel van één-op-één-omzetting van zowel analoge als digitale zenders is verlaten: integendeel, besluit 181/09/CONS heeft het beginsel van één-op-één-omzetting nader gespecificeerd en gestaafd;
 - in het vonnis ten onrechte wordt ontkend dat TIMB, doordat het beginsel van één-op-één-omzetting niet is toegepast, concurrentienadeel heeft ondervonden, aangezien daarin wordt geoordeeld dat de betrokkenen bij de vermindering van het aantal zenders „gelijk zijn behandeld”, en de omzettingcriteria niet zijn gebaseerd op de analyse van de markt (en de machtsposities) maar op het onderscheid tussen ondernemingen die reeds analoog uitzenden en nieuwe marktdeelnemers; besluit 181/09/CONS had daarentegen – gezien het standpunt van het Hof van Justitie in het arrest van 31 januari 2008, C-380/05, en dat van de Consiglio di Stato inzake de noodzaak machtsposities aan te pakken die in strijd met de gemeenschapsbepalingen in stand blijven op grond van de overgangsbepalingen in de artikel 3, lid 7, van wet 249/1997, artikel 1 van wetsdecreet 352/2003 en de artikelen van wet 112/2004 – in overeenstemming met het Unierecht en de grondwet moeten worden uitgelegd, in de zin dat de toewijzing van een „billijk aantal digitaal geplande kanalen” ertoe had kunnen en moeten leiden dat het beginsel van één-op-één-omzetting uitsluitend ten aanzien van de door RAI en RTI beheerde kanalen die de concentratiegrenzen overschrijden buiten toepassing werd verklaard, maar niet eveneens ten aanzien van TIMB dat geen overschrijdende kanalen had;
 - de toewijzingsbesluiten en besluit 181/09/CONS in elk geval in strijd zijn met de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid omdat voor RAI en RTI een omzettingfactor gold van 66 % (twee zenders op drie) en voor TIMB een van 50 % (slechts één digitale multiplex tegen twee geëxploiteerde analoge zenders), met als gevolg dat de machtsposities voor de analoge kanalen zijn gecontinueerd voor de digitale kanalen en de concurrentiekloof is vergroot;
 - het vonnis blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting voor zover de grieven tegen besluit 181/09/CONS niet-ontvankelijk zijn verklaard omdat de regeling inmiddels in wet is omgezet bij artikel 45, lid 1, van wet 88/2009 tot wijziging van artikel 8-novies, lid 4, van wetsdecreet 59/2008, thans wet 101/2008, net als het verzoek om toewijzing van een vierde zender, en zich niet heeft uitgesproken over de grieven inzake strijd met het Unierecht en de grondwet. Daarom wordt in hoger beroep opnieuw verzocht de regeling buiten toepassing te laten, subsidiair, de

zaak op te schorten en te verwijzen naar het Hof van Justitie krachtens artikel 267 VWEU, of, meer subsidiair, de grondwettigheid ervan te toetsen.

- 8 AGCom, MiSE, RAI, R.T.I. en E.I. hebben de stellingen van appellante bestreden.
- 9 Tijdens het geding is het maatschappelijk kapitaal van Rete A S.p.a. (waaraan twee gebruiksrechten voor frequenties voor twee nationale digitale terrestre kanalen zijn toegewezen: Mux 1 Rete A en Mux 2 Rete A) in TIMB ingebracht, is laatstgenoemde in een vennootschap op aandelen omgezet en heeft zij de nieuwe handelsnaam Persidera S.p.a. aangenomen. Appellante is derhalve eigenaar geworden van vijf multiplexen in digitale terrestre technologie, het maximumaantal dat aan elke marktdeelnemer is toegestaan.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 10 De Consiglio di Stato heeft bij deelvonnissen nr. 5609/2015 de gronden onderzocht waarmee in hoger beroep werd aangevoerd dat de criteria van besluit 181/09/CONS in de ministeriële besluiten tot toewijzing van de frequenties niet correct zijn toegepast. De ministeriële besluiten werden niet in strijd met besluit 181/09/CONS geacht en het hoger beroep werd voor dat deel verworpen.
- 11 De Consiglio di Stato is tot deze beslissing gekomen door in de eerste plaats te oordelen dat aangezien besluit 181/09/CONS bepaalt dat aan de marktdeelnemers die reeds analoog uitzonden een „billijk aantal kanalen” werd toegewezen, het criterium van de één-op-één-omzetting, dat eerder in besluit 603/07/CONS op grond van het destijds geldende rechtskader was vastgesteld, is verlaten. Het eerder geldende criterium zou ertoe leiden dat aan nieuwe marktdeelnemers slechts twee digitale terrestre televisiezenders werden voorbehouden.
- 12 Besluit 181/09/CONS is uitdrukkelijk tevens vastgesteld om inbreukprocedure nr. 2005/5086 af te sluiten, in het kader waarvan de Europese Commissie het met redenen omkleed advies van 19 juli 2007 heeft gegeven. In dit advies werd erop gewezen dat de volgende nationale bepalingen in strijd zijn met het Unierecht: de artikelen 1 en 2-bis, lid 1, van wet 66/2001; de artikelen 35, lid 1 en 33, lid 1, van besluit AGCom 435/01/CONS; de artikelen 23, leden 1, 2, 3, 5, 9 en 10, en 25, lid 11, van wet 112/2004; de artikelen 25, lid 1, en 27, lid 3, van wetsdecreet 177/2005.
- 13 De meeste bevindingen van de Commissie betreffen de benadeling van nieuwe marktdeelnemers, waaraan de toegang tot de radio- en televisieomroepmarkt wordt verhinderd (dat wil zeggen, dat de marktdeelnemers die reeds analoog uitzenden worden beschermd tegen mededinging), een situatie die klaarblijkelijk niet op appellante van toepassing is. Samengevat kon het feit dat de analoog uitzendende marktdeelnemers niet-gerechtvaardigde „speciale rechten” hebben volgens de Commissie voortvloeien uit de volgende aspecten van de regelgeving:

- ondernemingen die niet reeds analoog uitzonden werden van toegang tot de markt voor digitale uitzendingen uitgesloten;
 - de frequenties voor digitale uitzendingen waren zonder objectieve, evenredige en niet-discriminerende procedures gegund;
 - het aantal frequenties dat de gevestigde zenders op grond van trading van frequenties konden verwerven werd niet beperkt tot de frequenties die nodig waren om de analoge zenders door digitale zenders te vervangen.
 - het was niet verplicht om de voor analoge uitzendingen gebruikte frequenties na de switch-off te restitueren.
- 14 In het met redenen omklede advies worden naast de fundamentele constatering dat de markt van mededinging wordt afgeschermd en dat ten onrechte speciale rechten aan reeds analoog uitzendende marktdeelnemers worden toegekend en dat de machtspositie van RAI en Mediaset wordt gehandhaafd, tevens melding gemaakt van een aantal kritieke aspecten die verband houden met de verwerving van een groter aantal frequenties dan strikt noodzakelijk is om de analoge zenders door digitale zenders te vervangen, welke vermelding niet alleen op RAI en Mediaset, maar ook op Telecom betrekking heeft. Een van de bovenvermelde strijdigheden met het Unierecht – volgens welke de frequenties voor digitale uitzending zonder objectieve, evenredige en niet-discriminerende procedures zijn gegund – heeft niet alleen betrekking op de uitsluiting van nieuwkomers op de markt, maar ook op de verhoudingen tussen de analoog uitzendende marktdeelnemers en de mogelijkheden die hun worden geboden om hun positie/activiteiten uit te breiden als resultaat van de omzettingprocedure van de zenders (van de multiplexzenders/-frequenties, voor zover hierboven gespecificeerd).
- 15 In de onderhavige zaak wordt immers onderzocht of de omzettingcriteria passend zijn vanuit het oogpunt van de verhoudingen tussen de analoog uitzendende marktdeelnemers, en met name die met meerdere zenders: RAI, RTI en TIMB (Persidera).
- 16 Naar aanleiding van de constatering van de Commissie is wetsdecreet 59/2008, aangenomen, omgezet in wet 101/2008, waarin de regeling die voorwerp van de inbreukprocedure is aanzienlijk werd gewijzigd. Een van deze wijzigingen betrof de herziening door AGCom van de procedure voor de toewijzing van de gebruiksrechten van de frequenties voor digitale televisiekanalen conform de in het Unierecht vastgelegde beginselen, op basis van objectieve, evenredige, transparante en niet-discriminerende criteria.
- 17 Artikel 8-novies, lid 4, van wetsdecreet 59/2008, met wijzigingen omgezet in wet 101/2008, bepaalde in de oorspronkelijke tekst namelijk dat „[...] *de gebruiksrechten van de frequenties voor de exploitatie van de digitale televisiekanalen op grond van de door [AGCom] in besluit nr. 603/07/CONS*

vastgestelde procedures worden toegewezen [...] in overeenstemming met de in het Unierecht vastgelegde beginselen die gebaseerd zijn op objectieve, evenredige, transparante en niet-discriminerende criteria”.

- 18 Kort na de bekendmaking van besluit 181/2009/CONS, heeft artikel 45, lid 1, van wet 88/2009 de bepaling inzake de toewijzing van de gebruiksrechten „*op grond van de door[...] vastgestelde procedures...*” vervangen door de toewijzing „*in overeenstemming met de criteria van besluit nr. 181/09/CONS van [AGCom]*”.
- 19 In de nieuwe, ter uitvoering van de voornoemde bepalingen door 181/09/CONS voorgeschreven criteria wordt niet langer het beginsel van één-op-één-omzetting van analoge kanalen in aanmerking genomen: AGCom heeft te kennen gegeven dat aan de gevestigde zenders een billijk aantal geplande zenders moet worden gegarandeerd, te weten een zendcapaciteit die „*toereikend is om elk programma in SDTV en HD te kunnen simulcasten*”; wat voorts het aantal zenders betreft, moet het omzettingscriterium van de analoge zenders – met dien verstande dat aan elke marktdeelnemer ten minste één kanaal wordt gegarandeerd – evenwel rekening houden met de algehele beschikbaarheid en de noodzaak dat een toereikend digitaal dividend beschikbaar om nieuwe marktdeelnemers toegang te kunnen bieden.
- 20 In concreto voorzag het toewijzingsplan in 21 nationale kanalen met een dekking van ongeveer 80 % van het grondgebied dat bestemd was voor DVB-T (plus 4 % bestemd voor DVB-H), die moesten worden verdeeld onder de marktdeelnemers die reeds analoge zenders exploiteerden, marktdeelnemers die digitale zenders hadden opgezet en nieuwe marktdeelnemers. 5 DVB-T-kanalen werd geacht een passend aantal te zijn om nieuwkomers op de televisiemarkt toegang te bieden.
- 21 Bij de toewijzing van de frequenties op grond van besluit 181/09/CONS werden de digitale zenders die waren opgezet door de marktdeelnemers (die de frequenties tegen betaling hadden verworven) een op een omgezet, en werden de 8 reeds bestaande digitale zenders (2 van RAI, 2 van Mediaset, 2 van Telecom, 1 van Rete A, 1 van D-Free) derhalve omgezet in evenveel betaalde kanalen.
- 22 Van de overige 8 zenders die van analoog naar digitaal moesten worden omgezet werden er 3 toegewezen aan marktdeelnemers met één zender (Europa 7, Borghini e Stocchetti/Rete Capri, Rete A).
- 23 De 5 nog beschikbare zenders – tegen 8 om te zetten nationale zenders (kanalen) die werden beheerd door marktdeelnemers met meerdere zenders (3 RAI, 3 Mediaset, 2 Telecom) – werden toegewezen door op hen dezelfde in de regeling vastgestelde verhouding toe te passen: elke marktdeelnemer met meerdere zenders kreeg één multiplex minder dan van het aantal analoge zenders. Aldus werden twee multiplexen aan zowel RAI en Mediaset toegewezen (die 3 zenders hadden), en slechts 1 aan Telecom (die 2 zenders had).

- 24 Appellante heeft aangevoerd dat de homogene vermindering haar ten opzichte van de andere twee marktdeelnemers met meerdere zenders in verhouding meer schade heeft toegebracht.
- 25 Zij heeft evenwel ook argumenten aangevoerd tegen de voorwaarden van de omzetting (alle marktdeelnemers met meerdere zenders worden in dezelfde mate gekort; aantal om te zetten frequentiemiddelen): in de eerste plaats de omstandigheid dat dezelfde regelgevende maatregel (vermindering met één netwerk) die is toegepast op RAI en Mediaset (RTI) – marktdeelnemers met een machtspositie (duopoli in de analoge markt) – ook is toegepast op marktdeelnemers zonder machtspositie zoals zij, aangezien zij destijds een marktaandeel had van minder dan 3 %. Dienaangaande heeft zij aangevoerd dat geenszins rekening is gehouden met de enorme en onoverbrugbare kloof tussen haar onderneming, die nog nooit een leidende economische positie heeft gehad, en de machtspositie van RAI en RTI in de analoge markt.
- 26 RTI en RAI hebben daarop geantwoord dat hun veronderstelde „machtspositie” de markt van diensten en editoriale inhoud betreft, niet de markt van omroepmiddelen die in het onderhavige geding aan de orde is, en dat indien daarentegen de parameter van de eigendom van radiofrequenties in aanmerking wordt genomen, het Telecom is die de meeste omroepmiddelen heeft (gezien de voor mobiele telecommunicatiediensten gebruikte frequenties).
- 27 In zijn deelvonnis nr. 5609/2015 heeft de Consiglio di Stato geoordeeld dat de bevindingen van de Commissie betrekking hebben op alle marktdeelnemers die, op verschillende wijzen en via ondernemingstechnische verschillende routes, veel meer frequenties hebben verworven dan nodig was voor digitale uitzending van de eerder analoog uitgezonden zenders, ongeacht de marktpositie van elk van hen.
- 28 Appellante heeft kritiek op besluit 181/09/CONS, ook omdat in deze handeling naast de analoge kanalen die vóór de switch-off werden geëxploiteerd en voor de omzetting in digitale multiplexen in aanmerking werden genomen, ook een aantal zenders van concurrenten werden meegeteld. Volgens appellante zijn er volstrekt rechtmatig beheerde analoge kanalen, en analoge kanalen waarvan de exploitatie daarentegen voorwerp van kritiek van de Corte Costituzionale en het Hof van Justitie is, of althans niet aan de wettelijke vereisten voldoet. Dit betreft Rete 4 (RTI/Mediaset), RAI 3 (RAI) en Rete Capri (Borghini e Stocchetti/TBS). Volgens appellante is het feit dat alle zenders bij de toepassing van de omzettingcriteria op dezelfde wijze zijn beoordeeld niet rechtmatig, omdat de beginselen van transparantie, non-discriminatie en evenredigheid daarbij niet in aanmerking zijn genomen.
- 29 Ten aanzien van de situatie van Rete 4 en RAI 3 merkt appellante onder andere op dat:

- bij wetsdecreet 352/2003, omgezet in wet 43/2004, alsmede de artikelen 23, leden 1 en 5, 25, leden 8 en 11, van wet 112/2004, en 23, lid 1, en 25, lid 1, van wetbesluit 117/2005 de eerder geldende overgangsregeling op grond waarvan nationale televisiekanalen zonder vergunning hun activiteiten konden voortzetten (de zogenoemde overschrijdende kanalen), werd verlengd tot alle kanalen waren omgezet (overgang naar het digitale systeem);
 - het Hof van Justitie bij arrest van 31 januari 2008, C380/05, heeft verklaard dat deze regeling buiten toepassing moest worden gelaten;
 - de opmerkingen van het Hof over de aan exploitanten zonder vergunning gegarandeerde voordelen ook in het met redenen omkleed advies van de Commissie zijn aangehaald (vgl. § 3.2, voetnoten 13 en 14).
- 30 De Consiglio di Stato heeft in zijn deelvonnis nr. 5609/2015 akte genomen van het feit dat AGCom overeenkomstig de aanwijzingen van de Commissie heeft bepaald dat om het evenwicht ten gunste van marktdeelnemers met één analoge zender en nieuwe marktdeelnemers te herstellen, het aantal naar digitaal omzetbare frequenties voor marktdeelnemers met meerdere analoge kanalen (waaronder Telecom) moest worden verminderd.
- 31 Daarbij werd er evenwel ook op gewezen dat dit niet per se met zich brengt dat bij de omzetting dezelfde regelgevende maatregel (vermindering met één kanaal) op Telecom wordt toegepast louter omdat zij op de markt meer digitale frequenties heeft verworven dan nodig is om de programma's te kunnen blijven uitzenden. De stelling van de verwerende partijen, volgens welke de inbreukprocedure uitsluitend betrekking had op de toepassing van de mededingingsregels op exploitanten van kanalen en de op aanbieders van inhoud toepasselijke nationale bepalingen inzake pluralisme niet raakte, kan niet slagen.
- 32 Het lijkt geen twijfel dat de genomen maatregelen in de richting gaan die volgens de Commissie nodig is om de kritiek op de nationale regeling weg te nemen, aangezien daardoor het digitale dividend ter beschikking van nieuwe exploitanten wordt vergroot en die exploitanten van meerdere kanalen wordt verkleind. Wat vaststaat, is dat de inbreukprocedure blijft lopen, en dat er geen gegevens zijn gevonden op grond waarvan kan worden uitgesloten dat de kritieke punten zich blijven voordoen. Meer in het bijzonder is niet aangetoond dat de inbreukprocedure geen betrekking heeft op aspecten betreffende de verhoudingen tussen de exploitanten die reeds analoog uitzonden, en inzonderheid tussen de drie exploitanten met meerdere kanalen, zodat kan worden gerechtvaardigd dat de regelgevende maatregel op hen van toepassing is, althans dat de door AGCom vastgestelde criteria toereikend zijn om de twijfel over rechtmatigheid in verband met deze aspecten weg te nemen.
- 33 De verwijzende rechter meent dat de beschikbare feitelijke gegevens de stelling van appellante staven.

- 34 Wetsdecreet 352/2003, omgezet in wet 43/2004 junctis de artikelen 23, leden 1 en 5, 25, leden 8 en 11, van wet 112/2004, en 23, leden 1 en 25, van wetgevingsdecreet 117/2005, heeft de overgangsregeling op grond waarvan de exploitatie van de overschrijdende kanalen kon worden voortgezet tot aan de omschakeling van analoog naar digitaal verlengd, en de overwegingen van de Corte Costituzionale derhalve niet in aanmerking genomen.
- 35 Deze bepalingen zijn voorwerp van kritiek in het arrest van het Hof van Justitie van 31 januari 2008, C-380/05, en in het met redenen omklede advies van de Commissie van 18 juli 2007. In de negatieve beoordelingen werd niet alleen onderscheid gemaakt tussen exploitanten met één of meerdere zenders en nieuwe marktdeelnemers, maar werd ook de Italiaanse regeling onwettig beschouwd voor zover daarin werd toegestaan dat de onrechtmatig beheerde analoge frequenties ook na de overgang konden blijven bestaan.
- 36 In het met redenen omklede advies van de Commissie wordt de positie van Rete 4 onderzocht en kritiek geleverd op de bepalingen waarbij de overgangsregeling wordt verlengd ondanks dat een vonnis voorschreef dat analoge uitzendingen voor eind 2003 moesten worden stopgezet, met als gevolg dat de aan de andere marktdeelnemers toegewezen frequenties van herverdeling werden uitgesloten.
- 37 De verwijzende rechter merkt op dat de bescherming van het pluralisme en die van de mededinging elkaar aanvullen. In het arrest van het Hof van Justitie C-380/05 is de verenigbaarheid van de bepalingen inzake de verlenging van de overschrijdende kanalen onderzocht, waarbij ook het in artikel 10 EVRM verankerde beginsel van het pluralisme van informatiebronnen, voor zover artikel 6 VEU daar als algemeen beginsel van Unierecht naar verwijst, als parameter werd gebruikt.
- 38 De verwijzende rechter meent dat het thema van de toepassing van de nationale regeling ter bescherming van het pluralisme die van 1997 tot 2004 gold weliswaar op de achtergrond van de inbreukprocedure is gebleven, doch niet kan worden ontkend dat het aantal analoge kanalen (zenders) dat in 2009 voor de netwerkexploitanten moest worden omgezet, tevens voorkomt uit de niet-nakoming van de regels voor het pluralisme waarvan in de daaraan voorafgaande jaren sprake is geweest.
- 39 Wat de positie van RAI 3 betreft is de Consiglio di Stato niet van oordeel dat in de regelgeving of rechtspraak is ontkend dat de vergunninghouder van de publieke televisieomroep drie analoge kanalen kan hebben om deze dienst te leveren. Wat echter wel vaststaat, is dat RAI 3 in de voorgaande jaren reclame-inkomsten is blijven gebruiken in strijd met de wettelijke vereisten, zoals uitgelegd door de Corte Costituzionale.
- 40 De verwijzende rechter meent derhalve dat in rechte gegevens zijn aangevoerd op grond waarvan niet alle zenders die volgens besluit 181/09/CONS voor

omschakeling in aanmerking kwamen, dezelfde kenmerken hadden wat betreft de inachtneming door de exploitant van de wettelijke bepalingen die tot doel hebben het pluralisme te beschermen, of althans de omroepmarkt te regelen.

- 41 Een aantal kanalen onderscheidt zich wegens strijdigheid met een aantal wetsbepalingen, zoals is bevestigd in de bovenvermelde rechterlijke uitspraken (tegen Rete 4 en RAI 3 wegens overschrijding van de concentratiegrenzen), of, zoals uit het onderhavige beroep blijkt, op grond van een aantal van de wettigheidsnormen waarop in deze maatregelen wordt gewezen (tegen Rete Capri, aangezien deze geen vergunning had).
- 42 Ondanks dat de hierboven in herinnering gebrachte rechterlijke beslissingen betrekking hebben op bepalingen die niet langer gelden, meent de verwijzende rechter dat de kritiek daarin nog steeds relevant is, aangezien er middelen moesten worden verdeeld die schaars waren ten opzichte van de verwachtingen die exploitanten in verband met de eerder geldende regeling hadden.
- 43 Meer in het bijzonder rijst twijfel of in de door AGCom vastgestelde criteria rekening moest worden gehouden met een herdimensionering van de positie van de gevestigde exploitanten en een compensatie van het ongerechtvaardigde voordeel dat hun werd gegarandeerd doordat zij de kanalen waarvan de rechtmatigheid wegens de overschrijding van de concentratiegrenzen ter discussie stond ononderbroken konden blijven exploiteren, ook om te voorkomen dat de overgang naar digitaal, in plaats van een gelegenheid te bieden om de dominante positie van gevestigde exploitanten te herdimensioneren en de markt voor mededinging open te stellen, ertoe zou leiden dat dezelfde reeds op de analoge markt bestaande verhoudingen werden geconsolideerd.
- 44 Besluit 181/09/CONS lijkt deze vereisten niet in aanmerking te nemen. Zij houdt immers volstrekt geen rekening met de vermelde bijzondere positie van de omroepen, en beschouwt alle tot op dat moment analoog uitgezonden programma's op gelijke voet, door hen mee te tellen voor het aantal kanalen dat bij de omschakeling in aanmerking moet worden genomen.
- 45 Naar de mening van de verwijzende rechter had AGCom, toen zij een oplossing zocht voor de herverdeling van de middelen op grond van een lagere coëfficiënt dan „een op een”, er juist rekening mee moeten houden dat een aantal zenders (programma's) tekortkomingen vertoonden omdat zij de concentratiegrenzen overschreden, althans bleven uitzenden dankzij wetsbepalingen waarvan de rechtmatigheid in twijfel werd getrokken, en zich moeten afvragen of deze omstandigheden gevolgen konden hebben voor de vaststelling van de omzettingcoëfficiënt of voor de vraag of deze kanalen konden worden omgezet.
- 46 Met andere woorden, de vraag rijst of besluit 181/09/CONS wegens deze omissie (en vooral, omdat de omzettingfactor voor TIMB een 50 % daardoor nadeliger uitviel dan die van 66,66 % voor de andere exploitanten van meerdere kanalen)

wel een systeem van objectieve, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria vormt zoals vereist in de artikelen 8 en 9, lid 1, van richtlijn 2002/21/EG, de artikelen 5, lid 2, en 7, lid 3, van richtlijn 2002/20/EG, alsmede de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG.

- 47 Daarnaast kan niet worden uitgesloten dat het besluit, zoals ook appellante betoogt, tevens in strijd is met de bepalingen van het Verdrag inzake de bescherming van de mededinging en het verbod op misbruik van machtsposities (de artikelen 56, 101, 102 en 106, VWEU, de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG, de artikelen 2, 3 en 5 van besluit 243/2012/EU), aangezien de berekening van alle kanalen, op grond van dit reductie criterium, bij de omzetting de twee exploitanten met de (grootste) machtspositie heeft bevoordeeld ten koste van de concurrerende exploitant van meerdere kanalen, die anders een grotere bijdrage had kunnen leveren aan het herstel van het mededingingsevenwicht.
- 48 Besluit 181/09/CONS is aangehaald in artikel 8-novies, lid 4, van wetsdecreet 59/2008, omgezet in wet 101/2008, en is derhalve in zekere mate „wet geworden”: de keuze geen rekening te houden met de verschillen tussen de om te schakelen analoge kanalen is derhalve nu toerekenbaar aan een keuze van de wetgever.
- 49 Daarom heeft appellante opnieuw een aantal vragen gesteld over de verenigbaarheid van het genoemde artikel 8-novies, lid 4 met het Unierecht en de grondwet.
- 50 In de eerste plaats is appellante van mening dat indien op grond van de criteria in besluit 181/09/CONS, dat wet is geworden, de kanalen waarvan bepaalde aspecten in strijd zijn met het mededingingsrecht of die althans ondanks het ontbreken van een vergunning gebruik hebben gemaakt van de verlenging op grond van door de Corte Costituzionale en het Hof van Justitie bekritiseerde regelingen, op gelijke voet met de andere kanalen zijn meegeteld bij het totale aantal analoge kanalen dat kan worden omgeschakeld, artikel 8-novies, lid 4, in strijd is met het Unierecht (artikelen 4, lid 3, VEU, 56, 101, 102 en 106 VWEU, 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG, 6, 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG, 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG, 2, 3 en 5 van besluit 243/2012/EU, en met de bepalingen inzake het pluralisme in de media - artikel 11 van het Handvest van Nice en artikel 6 VWEU en artikel 10 EVRM).
- 51 Deze bepaling moet daarom buiten toepassing worden gelaten. Subsidiair betoogt appellante dat krachtens artikel 267 VWEU een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie moet worden voorgelegd.
- 52 De verwijzende rechter is op grond van de bovenstaande overwegingen van mening dat er twijfel bestaat of artikel 8-novies, lid 4, van wetsdecreet 59/2008, omgezet in wet 101/2008, in overeenstemming is met het Unierecht.
- 53 De toewijzing van de eis van appellante dat een extra multiplexkanaal wordt toegekend, is afhankelijk van de beoordeling van de rechtmatigheid van de

bepaling en dus van de door besluit 181/09/CONS voorgeschreven toewijzingscriteria, zodat deze vraag relevant is voor de beslissing in deze zaak.

- 54 Daarom meent de verwijzende rechter het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële uitleggingsvraag te moeten stellen.