



Datum van inontvangstneming : 04/12/2015

**Zaak C-560/15**

**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:**

30 oktober 2015

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

11 juni 2015

**Verzoekende partijen:**

Europa Way Srl

Persidera SpA

**Verwerende partijen:**

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ministero dello Sviluppo economico

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero dell'Economia e delle Finanze

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Hoger beroep tegen arresten nrs. 9981 en 9982 van 25 september 2014 van het TAR Lazio betreffende de aanbestedingsprocedure voor de gunning van gebruiksrechten van digitale terrestrische radio- en televisiefrequenties.

## **Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

Verenigbaarheid van artikel 3 quinquies, lid 6, van wetsbesluit nr. 16 van 2012, omgezet bij wet nr. 44 van 2012, en van de daaruit voortvloeiende handelingen met de voorschriften en beginselen van de Unie.

Artikel 267 VWEU

## **Prejudiciële vragen**

1) Zijn de bestreden wettelijke regeling en de daaruit voortvloeiende uitvoeringshandelingen in strijd met de bepalingen op grond waarvan de regelgevende bevoegdheid op de televisiemarkt onder de bevoegdheid van een onafhankelijke overheidsinstantie valt [artikelen 3 en 8 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG]?

2) Zijn de bestreden wettelijke regeling en de daaruit voortvloeiende uitvoeringshandelingen in strijd met de bepalingen [artikel 7 van richtlijn 2002/20/EG (machtigingsrichtlijn) en artikel 6 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn)] op grond waarvan de onafhankelijke nationale regelgevende instantie van de sector een voorafgaande openbare raadpleging moet houden?

3) Verzet het Unierecht, meer in het bijzonder artikel 56 VWEU, artikel 9 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG (machtigingsrichtlijn), de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG (mededingingsrichtlijn) alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrijheid van mededinging, evenredigheid, doeltreffendheid en pluralisme op informatiegebied, zich tegen de nietigverklaring van de „beauty contest”-procedure, die was uitgeschreven om te voorkomen dat bij de toewijzing van digitale televisiefrequenties marktdeelnemers onrechtmatig zouden worden uitgesloten en om de deelname van kleine marktdeelnemers mogelijk te maken, alsmede tegen de vervanging van die procedure door een andere op betaling berustende aanbestedingsprocedure, die aan de inschrijvers voorwaarden en verplichtingen oplegt die voordien niet golden voor de reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers, zodat deelname aan de aanbesteding duur en onvoordelig wordt?

4) Verzet het Unierecht, meer in het bijzonder artikel 56 VWEU, artikel 9 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG (machtigingsrichtlijn), de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG (mededingingsrichtlijn) en artikel 258 VWEU, alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrijheid van mededinging, evenredigheid, doeltreffendheid en pluralisme op informatiegebied, zich tegen de herconfiguratie van het frequentietoewijzingsplan, waarbij het aantal nationale zenders wordt herleid van 25 naar 22 (met behoud voor de reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers van evenveel multiplexen), de aanbestedingskavels tot drie

multiplexen worden herleid en frequenties in de VHF-band III worden toegewezen met een risico op sterke interferenties?

5) Is de bescherming van het door het Hof van Justitie ontwikkelde beginsel van gewettigd vertrouwen verenigbaar met de nietigverklaring van de „beauty contest“-procedure, die er niet voor heeft gezorgd dat de verzoekende partijen, die reeds tot de kosteloze procedure waren toegelaten, zeker waren van de toewijzing van een aantal te gunnen kavels?

6) Is de regeling van de Unie inzake toewijzing van rechten op het gebruik van de frequenties [artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), artikelen 5 en 7 van richtlijn 2002/20/EG (machtigingsrichtlijn), artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG (mededingingsrichtlijn)] verenigbaar met een bepaling als artikel 3 quinquies van wetsbesluit nr. 16 van 2012, die indruist tegen de bijzondere kenmerken van de radio- en televisieomroepmarkt?

#### **Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht**

Richtlijn 2002/20/EG

Richtlijn 2002/21/EG

Richtlijn 2002/77/EG

Richtlijn 2009/140/EG

Artikelen 49, 56, 63 en 258 VWEU

#### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Wet nr. 66 van 20 maart 2001

Wet nr. 112 van 3 mei 2004

Wetsbesluit nr. 177 van 31 juli 2005

Artikel 8 van wet nr. 101 van 6 juni 2008

Wet nr. 88 van 7 juli 2009

Artikel 3 quinquies van wetsbesluit nr. 16 van 2012, na wijzigingen omgezet in wet nr. 44 van 26 april 2012

Besluit van het ministerie van Economische Ontwikkeling van 20 januari 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 Naar aanleiding van een verzoekschrift van consumentenorganisatie Altroconsumo had de Europese Commissie in 2006 een inbreukprocedure ingeleid tegen de Italiaanse Staat (nr. 2006/5086) teneinde na te gaan of het beheer van radio- en televisiefrequenties en van de overgang van het televisiesysteem naar digitale technologie en de toewijzing van de digitale frequenties verenigbaar was met het Unierecht. In een advies van 18 juli 2007 heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de Italiaanse regeling – meer in het bijzonder wet nr. 66 van 20 maart 2001, wet nr. 112 van 3 mei 2004 en wetsbesluit nr. 177 van 31 juli 2005 – in strijd was met het Unierecht, meer bepaald met richtlijnen 2002/20/EG en 2002/21/EG van 7 maart 2002 en richtlijn 2002/77/EG van 16 september 2002 (hierna, respectievelijk: „machtigingsrichtlijn”, „kaderrichtlijn” en „mededingingsrichtlijn”), omdat zij marktdeelnemers die reeds analoog uitzonden een duidelijke en belangrijke bescherming tegen mededinging bood op de digitale terrestrische radio- en televisieomroepmarkt, waardoor ondernemingen die niet reeds analoog uitzonden geen toegang hadden tot de markt voor digitale uitzendingen, en de frequenties voor digitale uitzendingen zonder objectieve, evenredige en niet-discriminerende procedures werden gegund aan marktdeelnemers die reeds analoog uitzonden.
- 2 Met een reeks bepalingen, die werden ingevoegd in artikel 8 van wet nr. 101 van 6 juni 2008, maakte de Italiaanse Staat een einde aan een aantal situaties waarbij reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers werden begunstigd, door alle geïnteresseerde marktdeelnemers de mogelijkheid te bieden om met een eenvoudige vergunning een televisiezender te exploiteren en vrij deel te nemen aan de handel in frequenties. Voorts bepaalde de Italiaanse Staat dat in de daaropvolgende digitalisering de gebruiksrechten zouden worden toegewezen met inachtneming van de in de communautaire voorschriften gestelde criteria, door een duidelijk tijdschema vast te stellen voor de definitieve overgang van analoge televisie naar digitale televisie („switch over”). Tevens werd aan de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (toezichthouder voor communicatie, hierna: „AGCOM”) de taak toevertrouwd de procedures vast te leggen voor de toewijzing van gebruiksrechten van frequenties voor digitale televisienetwerken.
- 3 Vervolgens heeft de Italiaanse regering, aangezien er nieuwe frequenties waren toe te wijzen (ook wel „het digitaal dividend” genoemd), zich ten aanzien van de Europese Commissie ertoe verbonden een aantal verdere maatregelen te nemen om de toegang van nieuwe marktdeelnemers op de Italiaanse radio- en televisieomroepmarkt mogelijk te maken. Tevens heeft de regering zich ertoe verbonden de uitbreiding te bevorderen van bestaande kleine marktdeelnemers, onder meer met het oog op de afsluiting van de hangende inbreukprocedure.

- 4 Daarop heeft AGCOM op 7 april 2009 besluit 181/09/CONS (hierna: „besluit 181”) vastgesteld. In dat besluit stelde AGCOM de criteria vast voor de volledige digitalisering van de terrestrische netwerken en voerde zij voor het digitale dividend een mechanisme in op grond waarvan marktdeelnemers die geschikt werden bevonden omdat zij aan bepaalde voorwaarden voldeden, gratis tot het systeem konden toetreden („beauty contest”).
- 5 In besluit 181 was onder meer bepaald dat de beschikbare frequenties kosteloos zouden worden toegewezen op basis van een aanbesteding voor vijf kavels, onderverdeeld in twee delen:

Deel A: drie multiplexen, voorbehouden aan nieuwkomers en aan bestaande marktdeelnemers die slechts over één multiplex beschikken (die kavels konden dus niet worden toegewezen aan de reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers RAI, Mediaset en Telecom Italia Media);

Deel B: twee multiplexen, open voor alle inschrijvers (dus ook voor de reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers), met dien verstande evenwel dat slechts één multiplex kon worden toegekend aan RAI en Mediaset.

- 6 In genoemd besluit 181 was voorts bepaald dat een marktdeelnemer in het kader van de aanbesteding maximaal vijf nationale multiplexen in digitale terrestrische technologie kan verkrijgen. Voorts was bepaald dat 40 % van de transmissiecapaciteit van de eventueel aan RAI of aan Mediaset gegunde kavel en van een van de twee eventueel aan Telecom gegunde kavels gedurende een periode van vijf jaar op basis van door de Autorità vastgestelde kostengeörienteerde prijzen moesten worden overgedragen. Dat besluit 181 is vervolgens, zoals ook was gevraagd door de Europese Commissie, omgezet in wet nr. 88 van 7 juli 2009 (gemeenschapswet 2008).
- 7 Bij besluit nr. 427/09/CONS van 29 juli 2009 heeft AGCOM dan een openbare raadpleging gehouden over een ontwerpregeling die de aanbestedingsvoorschriften voor de „beauty contest” bevatte. Bij daaraanvolgend besluit nr. 300/10/CONS van 10 juni 2010 heeft AGCOM vervolgens het toewijzingsplan voor digitale frequenties goedgekeurd en de frequenties vastgelegd voor de nationale zenders: 21 in DVB-T (digitale terrestrische technologie) en 4 in DVB-H (TV via mobiele telefoon), waarvan één bestemd was voor de „beauty contest”.
- 8 Bij besluit nr. 497/10/CONS van 22 september 2010 gaf AGCOM zijn definitieve goedkeuring aan de aanbestedingsvoorschriften en vertrouwde zij het ministerie van Economische Ontwikkeling (MISE) de opdracht toe de aankondiging en het bestek van de aanbesteding voor te bereiden en te publiceren.
- 9 Volgens de Europese Commissie lag dat besluit in de lijn van de bevindingen van de discussie die met de Italiaanse autoriteiten was gevoerd in het kader van de inbreukprocedure die nog niet was afgesloten. De aankondiging van de

aanbesteding was op 8 juli 2011 gepubliceerd en daarin werd aan de belanghebbenden een termijn van 60 dagen toegekend (met vervalddag op 7 september) om hun verzoek tot deelname in te dienen.

- 10 Voor kavel A1 (VHF-kanalen 6 en 7) diende alleen Europa Way een verzoek tot deelname in. Telecom Italia Media Broadcasting (thans Persidera) diende een verzoek tot deelname in voor kavel B1 (UHF-kanaal 55), samen met Elettronica Industriale (Mediaset) en Rai, voor kavel B2 (UHF-kanaal 58), opnieuw samen met Elettronica Industriale (Mediaset) en Rai, en voor kavel C1 (UHF-kanaal dat bruikbaar is via DVB – H).
- 11 Bij besluit van 20 januari 2012 heeft het ministerie van Economische Ontwikkeling de aanbestedingsprocedure echter geschorst om de technische en juridische aspecten alsmede de wenselijkheid ervan te beter beoordelen.
- 12 Vervolgens is bij de omzetting van wetsbesluit nr. 16 van 2012, na wijzigingen omgezet in wet nr. 44 van 26 april 2012, artikel 3 quinquies ingevoegd, waarin onder meer was voorzien in:
  - de toewijzing van de gebruiksrechten voor de in de aankondiging van 8 juli 2011 („beauty contest”) bedoelde frequenties via een op betaling berustende openbare aanbesteding, die binnen de 120 dagen door het MISE moest worden uitgeschreven op basis van door AGCOM vastgestelde procedures;
  - de toewijzing van de frequenties aan netwerkoperatoren op basis van verschillende kavels via aanbestedingsprocedures die worden gegund aan de economisch gezien hoogste offerte, of via een hoger bod, volgens door AGCOM gestelde prioriteiten en criteria, onder meer om de toegang te verzekeren voor leveranciers die voor het eerst deelnemen en om de technologische vooruitgang te bevorderen;
  - de samenstelling van iedere kavel volgens de beginselen van flexibiliteit en radio-elektrische doeltreffendheid;
  - de aanpassing van de duur van de gebruiksrechten in die zin dat de frequenties tijdig kunnen worden bestemd voor het gebruik waarin door de Europese Commissie op het gebied van het radiospectrum is voorzien;
  - de nietigverklaring van de aankondiging en van het bestek van de niet op betaling berustende aanbesteding („beauty contest”) en de toekenning van een schadevergoeding aan de deelnemers aan de aanbesteding.
- 13 Bij besluit nr. 550/12/CONS van 14 november 2012 heeft AGCOM vervolgens een ontwerpregeling goedgekeurd waarover een openbare raadpleging moest worden gehouden en heeft zij, na het overleg met de Europese Commissie, op 11 april 2013 besluit nr. 277/13/CONS goedgekeurd, waarin de voorschriften voor

de nieuwe aanbesteding voor de toewijzing van de beschikbare digitale frequenties waren opgenomen. In de aanbesteding was voorzien in:

- de toewijzing van frequenties voor drie nationale digitale terrestrische televisiezenders, met een twintigjarig gebruiksrecht dat gedurende de eerste drie jaren niet kan worden overgedragen (twee in VHF-band en een in UHF-band);
- de mogelijkheid om in te schrijven voor de drie kavels (L1, L2, L3), uitsluitend voor nieuwe deelnemers of kleine marktdeelnemers die slechts één multiplex bezitten;
- de mogelijkheid om in te schrijven voor twee kavels (van L1 tot L3), uitsluitend voor marktdeelnemers die twee zenders in DVB – T bezitten;
- de mogelijkheid om in te schrijven voor kavel L1 alleen, voor geïntegreerde marktdeelnemers die op andere platformen actief zijn met een marktaandeel van minstens 50 % van de betaaltelevisie (Sky);
- de uitsluiting van deelname aan de aanbesteding van marktdeelnemers die twee of drie multiplexen bezitten (Mediaset, Rai en Telecom Italia Media);
- een minimumbedrag voor deelname aan de aanbesteding van ongeveer 30 miljoen EUR voor ieder van de drie kavels (L1, L2 en L3).

- 14 De aankondiging en het desbetreffende bestek van de aanbesteding zijn vervolgens op 12 februari 2014 gepubliceerd. Slechts één marktdeelnemer nam deel aan de aanbesteding, te weten de onderneming Cairo Network, die een geldige offerte van 31 626 000 EUR had ingediend en waaraan dan ook bij beschikking van het MISE van 31 juli 2014 kavel 3 (kanalen 25 en 59) alsmede de gebruiksrechten van de desbetreffende frequenties zijn toegewezen.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 15 Europa Way, die had deelgenomen aan de „beauty contest” (en waaraan kavel 1 zou zijn gegund) heeft bij het TAR Lazio een eerste maal beroep ingesteld tegen het besluit van 20 januari 2012 waarbij het MISE de niet op betaling berustende aanbestedingsprocedure voor 90 dagen heeft geschorst, en heeft vervolgens beroep ingesteld tegen de regeling van 8 mei 2012 waarbij het MISE kennis heeft gegeven van de nietigverklaring bij wet van de aanbesteding in de Gazzetta Ufficiale (Italiaans Publicatieblad) van 8 juli 2011 en van het desbetreffende bestek, zoals volgt uit artikel 3 quinquies, lid 6, van wetsbesluit nr. 16 van 2012, omgezet bij wet nr. 44 van 2012. Meer in het bijzonder kwam Europa Way op tegen de bestuurshandelingen op grond van de onverenigbaarheid met de grondwet en met het gemeenschapsrecht van artikel 3 quinquies van wetsbesluit nr. 16 van 2012, omgezet bij wet nr. 44 van 2012, en heeft zij verzocht dat over de handelingen een prejudiciële vraag wordt gesteld aan het Hof van Justitie van de



Europese Unie of aan het Italiaanse Grondwettelijk Hof, of, subsidiair, dat het bestreden artikel 3 quinquies van wetsbesluit nr. 16 van 2012 buiten toepassing wordt gelaten, en de toestand die bestond vóór de nietigverklaring van de „beauty contest”-procedure wordt hersteld.

- 16 Het TAR Lazio heeft, na de twee beroepen te hebben samengevoegd, met het bestreden arrest nr. 9982 van 25 september 2014, het eerste beroep niet-ontvankelijk verklaard wegens ontbreken van belang en het tweede beroep ongegrond, omdat geen van de aangevoerde middelen gegrond was.
- 17 Wat meer bepaald de gestelde onverenigbaarheid met het Europees recht betreft van artikel 3 quinquies, lid 6, van wetsbesluit nr. 16 van 2012, omgezet bij wet nr. 44 van 2012, heeft het TAR geoordeeld dat de enige beperkingen die aan de Italiaanse autoriteiten zijn opgelegd voor de voltooiing van de procedure en de daaraanvolgende toewijzing van de gebruiksrechten, bestaan in de verplichtingen van openbaarheid en raadpleging, technologische neutraliteit en in het vaststellen van open, objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige procedures, hetgeen juist bereikt is door de vaststelling van voornoemd artikel 3 quinquies, bij besluiten 550/12/cons, 277/13/cons, 451/13/cons, 539/13/cons en 631/13/cons. Ook de Europese Commissie heeft ingestemd met de keuze om de televisiefrequenties te gunnen op basis van een niet op betaling berustende aanbesteding, na evenwel in een nota van 31 oktober 2012 te hebben gewezen op de noodzaak van verdere aanpassingen.
- 18 Vervolgens heeft het TAR geoordeeld dat de verschillende grieven betreffende de ongrondwettigheid van artikel 3 quinquies, lid 6, van wetsbesluit nr. 16 van 2012 ongegrond waren. Eveneens ongegrond waren volgens het TAR de grieven die betrekking hadden op de schaderegeling, de onrechtmatigheid van de wijziging van het nationaal plan voor de toewijzing van de frequenties (Pnaf), het ontbreken van een maximumplafond (cap) voor het aantal gebruiksrechten voor frequenties, de beperking van de overdracht van de frequenties waarop de aanbesteding betrekking heeft alsmede de gunstige behandeling van de reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers.
- 19 Ook Telecom Italia Media Broadcasting S.r.l. (thans Persidera) is bij het TAR Lazio opgekomen tegen de regeling van het MISE van 8 mei 2012, voor zover daarin was uitgegaan van „de nietigverklaring bij wet van de aanbesteding in de Gazzetta Ufficiale van 8 juli 2011 en het desbetreffende bestek, zoals volgt uit artikel 3 quinquies, lid 6, van wetsbesluit nr. 16 van 2012, omgezet bij wet nr. 44 van 2012”, op grond dat die regeling onrechtmatig was wegens de onverenigbaarheid met de grondwet en met het gemeenschapsrecht van artikel 3 quinquies van wetsbesluit nr. 16 van 2012, dan wel op zich onrechtmatig was.
- 20 Bij arrest nr. 9981 van 25 september 2014 heeft het TAR Lazio ook het beroep van Telecom Italia Media Broadcasting verworpen, grotendeels op grond van

dezelfde redenen als die waarop het zich had gebaseerd om het beroep van Europa Way te verwerpen. Het TAR heeft bijgevolg de aangevoerde middelen betreffende de ongrondwettigheid van artikel 3 quinquies van wetsbesluit nr. 16 van 2012 en de gestelde onverenigbaarheid van die bepaling met het Unierecht van de hand gewezen.

- 21 In het bijzonder heeft het TAR geoordeeld dat er geen sprake was van schending van het gewettigd vertrouwen zoals was aangevoerd, aangezien „het Hof van Justitie meermaals heeft geoordeeld dat slechts sprake is van schending van het gewettigd vertrouwen wanneer een voorafgaande handeling een dergelijk vertrouwen wekt”. In de onderhavige zaak is aan die voorwaarde niet voldaan.
- 22 Evenmin is volgens het TAR sprake van schending van het door verzoekster aangevoerde supranationaal recht, in casu op het vlak van vergunningen (artikelen 4 VWEU, 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU, artikelen 2 en 4 van richtlijn 77/2002/EG, artikelen 3, leden 3 en 3 bis, 8 en 9, lid 1, van richtlijn 2002/21/EG, zoals aangevuld en gewijzigd bij richtlijn 140/2009/EG, artikelen 5, lid 1, en lid 2, tweede alinea, en 7, lid 3, van richtlijn 2002/20/EG, artikel 4 van richtlijn 2002/77/EG, artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikel 6 VWEU en artikel 10 EVRM) of van de Europese beginselen inzake vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU), het verbod van beperkingen op het verrichten van werkzaamheden van industriële en commerciële aard (artikel 56 VWEU) en het vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU).
- 23 Ten slotte heeft het TAR ook die middelen ongegrond verklaard die verzoekster Italia Media Broadcasting had aangevoerd tegen de voorschriften voor de nieuwe aanbesteding omdat deze haar hadden verhinderd deel te nemen aan die aanbesteding wegens de gelijkschakeling met Rai en Elettronica Industriale (Mediaset) en ook omdat type „U”-kavels niet langer werden toegewezen.
- 24 Met betrekking tot de verwijdering van type-„U”-kavels, heeft het TAR geoordeeld dat deze gerechtvaardigd was door de herconfiguratie van het nationale frequentieplan – dat van 25 naar 22 frequenties is herleid – teneinde tegemoet te komen aan een aantal bezwaren betreffende interferenties die tijdens de openbare raadpleging aan het licht waren gekomen, alsmede om een adequate internationale coördinatie te verzekeren, gelet op de noodzaak om de 700 MHz-frequentie vrij te houden. Voorts is het TAR van oordeel dat de gelijkschakeling van Telecom Italia Media Broadcasting met Rai en Elettronica Industriale (Mediaset) gerechtvaardigd was (ook al zendt eerstgenoemde op 3 multiplexen uit en de concurrenten op 5), aangezien die gelijkschakeling in de lijn ligt van de opmerkingen die de Europese Commissie had geformuleerd in haar brief van 25 maart 2013 aan AGCOM. In die brief werd namelijk in herinnering gebracht dat de hele procedure net bedoeld was om de mededinging op de radio- en televisiemarkt te verhogen en dat die doelstelling zou worden doorkruist indien verzoekster als een nieuwe of een kleine marktdeelnemer werd beschouwd. De

uiteindelijke doelstelling van de toewijzing van het digitale dividend is namelijk het aantal marktdeelnemers te verhogen en niet het duopolie uit te breiden tot een derde.

- 25 Europa Way en Persidera (de nieuwe netwerkoperator die is ontstaan uit de fusie van Telecom Italia Media Broadcasting, die tot de Telecomitalia-groep behoort, en Rete A, die eigendom is van uitgevergroep Espresso) hebben hoger beroep ingesteld tegen arresten nr. 9981 en 9982 van het TAR Lazio van 25 september 2014, op grond dat deze op meerdere punten onjuist zijn.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 26 De Consiglio di Stato heeft bij tussenarrest, alvorens recht te doen, om te beginnen geoordeeld dat de verschillende grieven betreffende de door de twee verzoekende partijen aangevoerde onverenigbaarheid met de Italiaanse grondwet van artikel 3 quinquies, lid 6, van wetsbesluit nr. 16 van 2012, omgezet bij wet nr. 44 van 2012, niet konden worden aanvaard.
- 27 In hun hoger beroep hebben zowel Europa Way als Persidera aangevoerd dat het TAR ten onrechte de grieven van de hand heeft gewezen waarmee zij hadden aangevoerd dat de bestreden bepalingen in strijd waren met het recht van de Europese Unie. Bijgevolg hebben zij verzocht dat de vraag krachtens artikel 267 VWEU aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt voorgelegd.
- 28 Europa Way heeft meer bepaald aangevoerd dat artikel 3 quinquies, lid 6, van wetsbesluit nr. 16 van 2012 in strijd was met talrijke communautaire bepalingen (meer in het bijzonder met de bepalingen van richtlijnen 2002/20/EG en 2002/21/EG van 7 maart 2002 en richtlijn 2002/77/EG van 16 september 2002, respectievelijk „machtigingsrichtlijn”, „kaderrichtlijn” en „mededingingsrichtlijn”).
- 29 Europa Way betoogt dat de „beauty contest”, die bijdroeg aan de sluiting van de communautaire inbreukprocedure, duidelijk op herstel gericht was, in het bijzonder voor diegenen die (zoals verzoekster) waren uitgesloten van de digitale televisiemarkt wegens bovengenoemde schendingen van de richtlijnen inzake elektronische communicatie. Derhalve heeft zij haar verzoek de vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen herhaald, aangezien de keuze die in de onrechtmatig geachte handelingen is gemaakt, heeft geleid tot schending van de overeenkomst die in 2009 met de Europese Unie was gesloten om de inbreukprocedure tot een goed einde te brengen en die erop was gericht nieuwe marktdeelnemers en kleine marktdeelnemers de mogelijkheid te bieden hun positie op de digitale televisiemarkt te verstevigen zonder dat zij een vergoeding moesten betalen voor het verkrijgen van de frequenties, te meer daar geen enkele andere marktdeelnemer (nieuwe, kleine of reeds op de markt aanwezige) ooit voor de toewijzing van frequenties door de staat had moeten betalen.

- 30 Europa Way heeft er voorts op gewezen dat de toegang tot de markt voor kleine of nieuwe marktdeelnemers en dus de openstelling van de sector voor mededinging, mede ter bescherming van het pluralisme op informatiegebied, een doelstelling is die vervolgens niet is bereikt, aangezien de enige succesvolle inschrijver bij de op betaling berustende aanbesteding de onderneming Cairo Network was, die eigenaar is van „La 7” en niet als een kleine marktdeelnemer kan worden beschouwd. Tevens is Europa Way opgekomen tegen het besluit om extra frequenties gratis toe te wijzen aan reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers – ook al zou dit zagezegd gebeuren om problemen van interferentie te voorkomen – zonder dat de reeds gebruikte frequenties voor hen dienovereenkomstig worden verminderd.
- 31 Ook Persidera heeft aangevoerd dat het bestreden arrest ten onrechte de grieven betreffende schending van de communautaire bepalingen en beginselen (meer bepaald van de artikelen 49 VWEU, 56 VWEU en 63 VWEU en van richtlijnen 2002/20/EG en 2002/21/EG van 7 maart 2002 en 2002/77/EG van 16 september 2002) heeft afgewezen. Persidera heeft daaraan toegevoegd dat, terwijl de procedure van gratis toewijzing van de beschikbare digitale frequenties in overleg met de Europese Commissie was vastgesteld, de keuze om de „beauty contest” nietig te verklaren en over te gaan tot een op betaling berustende aanbesteding (waaraan zij vervolgens niet heeft kunnen deelnemen) daarentegen slechts is meegedeeld aan de Commissie, die zich er dan ook toe heeft beperkt nota te nemen van een keuze die het niet mogelijk heeft gemaakt de communautaire inbreukprocedure af te sluiten, en die er niet voor heeft gezorgd dat nieuwe marktdeelnemers tot de markt konden toetreden, zodat de eerder bestaande onrechtmatige beperkingen van de mededinging werden bestendigd.
- 32 Gelet op de relevantie van de vraag, die van belang is voor tal van communautaire bepalingen en beginselen, op het feit dat het besluit tevens belangrijke economische gevolgen heeft en op het feit dat de regelingen die aan de orde zijn in de twee procedures voor toewijzing van digitale televisiefrequenties onder meer zijn vastgesteld om een einde te maken aan de communautaire inbreukprocedure die tegen de Italiaanse Staat was ingeleid en nog niet is afgesloten, is de Raad van State van oordeel dat het Hof van Justitie krachtens artikel 267 VWEU om een prejudiciële beslissing moet worden verzocht over de verenigbaarheid met voornoemde bepalingen (meer bepaald richtlijnen 2002/20/EG en 2002/21/EG van 7 maart 2002 en richtlijn 2002/77/EG van 16 september 2002, respectievelijk „machtigingsrichtlijn”, „kaderriichtlijn” en „mededingingsrichtlijn”) en met voornoemde communautaire beginselen, van artikel 3 quinquies, lid 6, van wetsbesluit nr. 16 van 2012, omgezet bij wet nr. 44 van 2012, alsmede van de daaruit voortvloeiende bestreden handelingen. Meer in het bijzonder is de Afdeling, gelet op de grieven die zijn aangevoerd door verzoekende partijen (wier belangen grotendeels overeenkomen), van oordeel dat het Hof van Justitie van de Europese Unie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over bovengenoemde vragen.