



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 18. decembra 2019¹

Zadeva C-719/18

**Vivendi SA
proti
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,
ob udeležbi
Mediaset SpA**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Telekomunikacije – Svoboda ustanavljanja – Prosti pretok kapitala – Člena 49 PDEU in 63 PDEU – Direktiva 2002/21/ES – Nacionalna zakonodaja za preprečevanje prevladujočih položajev – Izračun prihodkov v sektorju elektronskih komunikacij in v integriranem sistemu komunikacij – Omejitev sektorja elektronskih komunikacij na trge, ki so predmet predhodnega urejanja – Upoštevanje prihodkov povezanih družb – Različen prag prihodkov za družbe, dejavne v sektorju elektronskih komunikacij, in preostale gospodarske subjekte – Člen 11 Listine – Svoboda in pluralnost medijev“

1. V italijanski zakonodaji so zaradi varstva pluralnosti informacij za podjetja, ki delujejo v sektorju avdiovizualnih in radijskih medijev, določene nekatere omejitve, zaradi katerih v tem sektorju ne morejo imeti prevladujočih položajev.

2. Ena od teh omejitev je določitev, da podjetje ne sme ustvarjati prihodkov, ki presegajo 20 % vseh prihodkov tako imenovanega „integriranega sistema komunikacij“ (v nadaljevanju: ISK)². Ta prag se zniža na 10 %, če ima to podjetje obenem v sektorju elektronskih komunikacij delež, ki je večji od 40 % vseh prihodkov tega sektorja.

3. V tej zadevi je Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (regulativni organ za komunikacije; v nadaljevanju: AGCom) uporabil pravila nacionalnega prava in ugotovil, da jih je francoska družba iz medijskega sektorja (Vivendi SA; v nadaljevanju: Vivendi) kršila s tem, da je pridobila precejšen del kapitala italijanske družbe iz istega sektorja (Mediaset Italia Spa; v nadaljevanju: Mediaset). Družba Vivendi je imela zaradi nadzora, ki ga je izvajala nad družbo Telecom Italia SpA (v nadaljevanju: TIM), v italijanskem sektorju elektronskih komunikacij pomemben položaj.

4. Nacionalno sodišče, ki odloča o tožbi, ki jo je družba Vivendi vložila zoper odločbo AGCom, je Sodišču predložilo svoje dvome o tem, ali je nacionalni zakon v tem delu v skladu s pravom Unije.

¹ Jezik izvirnika: španščina.

² V ISK so poleg tiskanih medijev in elektronskih publikacij zajeti tudi radio in avdiovizualne storitve, film, zunanje oglaševanje, pobude za obveščanje o proizvodih in storitvah ter sponzorstva.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2002/21/ES³

5. Člen 14 („Podjetja s pomembno tržno močjo“) določa:

„1. Kadar morajo nacionalni regulativni organi na podlagi posebnih direktiv po postopku iz člena 16 ugotoviti, ali imajo operaterji pomembno tržno moč, veljata odstavka 2 in 3 tega člena.

2. Podjetje se šteje za podjetje s pomembno tržno močjo, če bodisi samostojno ali skupaj z drugimi uživa položaj, ki je enakovreden prevladujočemu položaju, to pomeni položaj gospodarske moči, ki mu omogoča, da ravna v precejšnji meri neodvisno od konkurentov, strank in končno tudi od porabnikov.

Kadar nacionalni regulativni organi ocenjujejo, da imata dve ali več podjetij skupaj prevladujoči položaj na trgu, morajo ravnati zlasti v skladu z zakonodajo Skupnosti in dosledno upoštevati smernice za tržno analizo in ocenjevanje pomembne tržne moči, ki jih je objavila Komisija po členu 15. Merila za tako presojo so določena v Prilogi II.

3. Kadar ima podjetje na določenem trgu (prvi trg) pomembno tržno moč, se lahko to podjetje določi za podjetje s pomembno tržno močjo tudi na trgu, ki je tesno povezan s prvim trgom (drugi trg), če povezave med obema trgovoma omogočajo, da se tržna moč s prvega trga prenese na drugega in se s tem okrepi tržna moč podjetja. Na drugem trgu se tako lahko uporabijo sredstva za preprečevanje takega prenosa v skladu s členi 9, 10, 11 in 13 Direktive 2002/19/ES (Direktiva o dostopu), če pa ta ne zadoščajo, so lahko naložena sredstva iz člena 17 Direktive 2002/22/ES (Direktiva o univerzalnih storitvah).“

6. Člen 15 („Postopek identifikacije in opredelitve trgov“) določa:

„1. Komisija po javni razpravi, vključno z nacionalnimi regulativnimi organi, ter ob kar največjem upoštevanju mnenja BERECA v skladu s svetovalnim postopkom iz člena 22(2) sprejme priporočilo o upoštevni trgi izdelkov in storitev („priporočilo“). V priporočilu so opredeljeni izdelki in storitve v sektorju elektronskih komunikacij, katerih značilnosti lahko utemeljujejo uvedbo regulativnih obveznosti iz posebnih direktiv, vendar brez poseganja v trge, ki se lahko v posebnih primerih opredelijo po konkurenčnem pravu. Komisija opredeli trge v skladu z načeli konkurenčnega prava.

Komisija redno pregleduje priporočilo.

2. Komisija objavi smernice za tržno analizo in ocenitev pomembne tržne moči (v nadaljevanju: „smernice“), ki morajo biti v skladu z načeli konkurenčnega prava, najkasneje na dan začetka veljavnosti te direktive.

3. Nacionalni regulativni organi ob doslednem upoštevanju priporočila in smernic opredelijo upoštevne trge glede na razmere v državi, zlasti upoštevne geografske trge na svojem ozemlju, v skladu z načeli konkurenčnega prava. Nacionalni regulativni organi pred opredelitvijo trgov, ki se razlikujejo od opredeljenih v priporočilu, upoštevajo postopke iz členov 6 in 7.

³ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 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), spremenjena z Direktivo 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).

4. Komisija lahko po posvetovanju, vključno z nacionalnimi regulativnimi organi ter ob kar največjem upoštevanju mnenja BERECA v skladu z regulativnim postopkom s pregledom iz člena 22(3) sprejme odločitve o opredelitvi nadnacionalnih trgov.“

7. Člen 16 („Postopek analize trga“) določa:

„1. Nacionalni regulativni organi izvedejo analizo upoštevanih trgov, pri čemer upoštevajo trge, navedene v priporočilu, in v največji možni meri upoštevajo smernice. Države članice zagotovijo, da se analiza, kjer je to primerno, izvede v sodelovanju z nacionalnimi organi za konkurenco.

2. Kadar mora nacionalni regulativni organ v skladu z odstavkoma 3 ali 4 tega člena, členom 17 Direktive 2002/22/ES (Direktiva o univerzalnih storitvah) ali členom 8 Direktive 2002/19/ES (Direktiva o dostopu) odločiti, ali je treba za podjetja uvesti, ohraniti, spremeniti ali odpraviti obveznosti, na podlagi svoje analize trga iz odstavka 1 tega člena ugotovi, ali je upoštevni trg učinkovito konkurenčen.

3. Če nacionalni regulativni organ ugotovi, da na trgu vlada dejanska konkurenca, niti ne uvede niti ne ohrani nobene od posebnih regulativnih obveznosti iz odstavka 2 tega člena. Kadar že obstajajo regulativne obveznosti, ki so značilne za sektor, jih za podjetja na upoštevni trgu prekliče. Stranke, ki jih zadeva preključ obveznosti, je treba o tem prej obvestiti v primernem roku.

4. Če nacionalni regulativni organ ugotovi, da na upoštevni trgu ni učinkovite konkurence, opredeli podjetja, ki imajo sama ali skupaj z drugimi pomembno tržno moč na tem trgu v skladu s členom 14 in nacionalni regulativni organ tem podjetjem naloži ustrezne posebne regulativne obveznosti iz odstavka 2 tega člena ali ohrani ali spremeni take obveznosti, kjer že obstajajo.

5. Pri nadnacionalnih trgih, opredeljenih v odločitvi iz člena 15(4), zadevni nacionalni regulativni organi skupaj izvedejo analizo trga, pri čemer v največji možni meri upoštevajo smernice, in se sporazumno odločijo o naložitvi, ohranitvi, spremembi ali preklicu regulativnih obveznosti iz odstavka 2 tega člena.

6. Za ukrepe, sprejete v skladu z določbami odstavkov 3 in 4 tega člena, se uporabljajo postopki iz členov 6 in 7.“

2. Direktiva 2010/13/EU⁴

8. V uvodnih izjavah 5, 8 in 34 Direktive 2010/13 je navedeno:

„(5) Avdiovizualne medijske storitve so tako kulturne kakor tudi gospodarske storitve. Njihov naraščajoči pomen za družbo, demokracijo – zlasti z zagotavljanjem svobode obveščanja, raznolikosti mnenj in pluralnosti medijev – izobraževanje in kulturo upravičuje uporabo posebnih pravil za te storitve.

[...]

(8) Države članice morajo nujno preprečiti sprejem kakršnega koli akta, ki bi utegnil škodovati prostemu pretoku in trgovanju s televizijskimi programskimi vsebinami ali spodbujati ustvarjanje prevladujočih položajev, zaradi katerih bi bila omejena pluralnost in svoboda televizijskega informiranja ter sektor informiranja v celoti.

⁴ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 10. marca 2010 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju avdiovizualnih medijskih storitev (Direktiva o avdiovizualnih medijskih storitvah) (UL 2010, L 95, str. 1).

[...]

- (34) Za spodbujanje močne, konkurenčne in povezane evropske avdiovizualne industrije ter okrepitev pluralnosti medijev po vsej Uniji, bi morala biti samo ena država članica pristojna za posameznega ponudnika avdiovizualnih medijskih storitev in pluralnost informacij bi morala biti temeljno načelo Unije.“

9. Člen 1(1) določa:

„1. Za namene te direktive se uporabljajo naslednje opredelitve:

(a) ‚avdiovizualna medijska storitev‘ pomeni:

- (i) storitev, kakor je opredeljena v členih 56 in 57 Pogodbe o delovanju Evropske unije, ki sodi pod uredniško odgovornost ponudnika medijskih storitev in katere glavni namen je zagotavljanje programov za obveščanje, zabavo ali izobraževanje splošne javnosti po elektronskih komunikacijskih mrežah v smislu člena 2(a) Direktive 2002/21/ES. Tvrstna avdiovizualna medijska storitev je bodisi razširjanje televizijskih programov, kakor je opredeljeno v točki (e) tega odstavka, bodisi avdiovizualna medijska storitev na zahtevo, kakor je opredeljena v točki (g) tega odstavka;
- (ii) avdiovizualno komercialno sporočilo“.

B. Nacionalno pravo

1. Decreto legislativo del 31 luglio 2005, n. 177, recante il „Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici“⁵

10. V členu 2(1)(l) je ISK opredeljen tako:

„gospodarski sektor, ki obsega naslednje dejavnosti: dnevni in periodični tisk, letne publikacije in elektronsko založništvo tudi na spletu, radijske in avdiovizualne medijske storitve, film, zunanje oglaševanje, pobude za obveščanje o proizvodih in storitvah, sponzorstva“.

11. V členu 43 („Prevladujoči položaji v integriranem sistemu komunikacij“) je določeno:

„1. Subjekti, ki delujejo v integriranem sistemu komunikacij, morajo Organu priglasiti sporazume in koncentracije, da bi lahko ta v skladu s postopki, določenimi v *ad hoc* ureditvi, ki jo sprejme sam, preveril spoštovanje načel iz odstavkov 7, 8, 9, 10, 11 in 12.

2. Organ na predlog zainteresirane stranke ali po uradni dolžnosti v rednih intervalih po razmejitvi trga v skladu z načeli iz členov 15 in 16 Direktive 2002/21/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002, preveri, da v integriranem sistemu komunikacij ali na trgih, ki ga sestavljajo, ne nastaja prevladujoč položaj in da so omejitve, določene v odstavkih 7, 8, 9, 10, 11 in 12, spoštovane, pri čemer poleg prihodkov med drugim upošteva tudi raven konkurence znotraj sistema, ovire za vstop vanj, obseg ekonomske učinkovitosti podjetja in kvantitativne kazalnike o razširjanju radijskih in televizijskih programov, založniških proizvodov ter kinematografskih in fonografskih del.

[...]

⁵ Zakonska uredba št. 177 z dne 31. julija 2005, ki vsebuje enotno besedilo o avdiovizualnih in radijskih medijskih storitvah (v nadaljevanju: EBARMS; GURI št. 208 z dne 7. septembra 2005).

9. Ob upoštevanju prepovedi vzpostavljanja prevladujočih položajev na posameznih trgih, ki sestavljajo integrirani sistem komunikacij, subjekti, za katere se zahteva vpis v register operaterjev komunikacij, vzpostavljen v skladu s členom 1(6)(a), točka 5, zakona št. 249 z dne 31. julija 1997, ne smejo ne neposredno ne prek odvisnih ali povezanih subjektov v smislu odstavkov 14 in 15 dosegati prihodkov, višjih od 20 % skupnih prihodkov v integriranem sistemu komunikacij.

[...]

11. Podjetja, tudi prek odvisnih ali povezanih družb, katerih prihodki v sektorju elektronskih komunikacij, kot je opredeljen v skladu s členom 18 zakonske uredbe št. 259 z dne 1. avgusta 2003, presegajo 40 % skupnih prihodkov iz navedenega sektorja, v integriranem sistemu komunikacij ne smejo dosegati prihodkov, ki presegajo 10 % vseh prihodkov v tem sistemu.

[...]

14. Za namene tega enotnega besedila je nadzor, zlasti kar zadeva subjekte, ki niso družbe, podan v primerih, določenih v členu 2359(1) in (2) civilnega zakonika“.

2. Civilni zakonik

12. Člen 2359 določa:

„Za odvisne družbe se štejejo:

- (1) družbe, v katerih ima druga družba večino glasovalnih pravic na redni skupščini delničarjev;
- (2) družbe, v katerih ima druga družba dovolj glasovalnih pravic za izvajanje prevladujočega vpliva na redni skupščini delničarjev;
- (3) družbe, ki so na podlagi posebnih pogodbenih razmerij z drugo družbo pod njenim prevladujočim vplivom.

[...]

Za povezane družbe se štejejo te, v katerih ena izvaja znaten vpliv na druge. Obsto j takega vpliva se domneva, če lahko družba izvršuje vsaj eno petino glasovalnih pravic oziroma eno desetino, če je lastnica delnic, ki kotirajo na reguliranih trgih.“

II. Spor v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

13. Družba Vivendi, družba francoskega prava, vpisana v poslovni register v Parizu, je matična družba skupine, ki posluje v medijskem sektorju ter na področju ustvarjanja in distribucije avdiovizualnih vsebin.

14. Družba Vivendi je lastnica 23,94 % kapitala družbe TIM, nad katero izvaja nadzor,⁶ odkar je na skupščini delničarjev 4. maja 2017 pridobila večino v upravnem odboru.⁷

6 Z obvestilom št. 0106341 z dne 13. septembra 2017 je italijanski organ za nadzor finančnih trgov (CONSOB) ugotovil, da „a seguito dell’assemblea dei soci del 4 maggio 2017 con la quale Vivendi ha nominato la maggioranza dei consiglieri di amministrazione di TIM – la medesima Vivendi esercita il controllo su TIM ai sensi degli artt. 2359, comma 1, n. 2, del codice civile e 93 TUF, nonché ai sensi del Regolamento Consob OPC“.

7 Komisija se je 30. maja 2017 odločila, da ne bo nasprotovala koncentraciji Vivendi/Telecom Italia, in jo razglasila za združljivo z notranjim trgom (zadeva M.8465; DO 2017, C 220, str. 53).

15. Družbe Vivendi, Mediaset in Reti Televisive Italiane SpA so 8. aprila 2016 sklenile pogodbo o strateškem sodelovanju, na podlagi katere je družba Vivendi pridobila 3,5 % osnovnega kapitala družbe Mediaset in 100 % družbe Mediaset Premium SpA, za kar je v zameno prepustila 3,5 % svojega osnovnega kapitala.

16. Zaradi nesoglasij v zvezi s tem sporazumom si je družba Vivendi decembra 2016 začela prizadevati za sovražen prevzem delnic družbe Mediaset. Družba Vivendi je imela 22. decembra 2016 v lasti že 28,8 % osnovnega kapitala družbe Mediaset, kar je ustrezalo 29,94 % glasovalnih pravic v tej družbi. Vendar ji ta kvalificiran manjšinski delež ni omogočal izvajanja nadzora nad to družbo, ki jo je še naprej obvladovala skupina Fininvest.⁸

17. Družba Mediaset je 20. decembra 2016 AGCom opozorila, da je družba Vivendi s pridobitvijo teh delnic kršila člen 43(11) EBARMS.

18. AGCom je z odločbo št. 178/17/CONS z dne 18. aprila 2017⁹ ugotovil, da je družba Vivendi zaradi lastništva navedenih deležev kršila člen 43(11) EBARMS, in odredil, naj to kršitev odpravi v roku 12 mesecev.

19. Družba Vivendi je odredbo AGCom izvršila tako, da je 6. aprila 2018 na neodvisno družbo (Simon Fiduciaria SpA) prenesla lastninsko pravico na 19,19 % delnic družbe Mediaset (19,95 % glasovalnih pravic). Sama družba Vivendi je tako v lasti obdržala delež delniškega kapitala družbe Mediaset, na podlagi katerega je lahko na skupščini delničarjev te družbe izvrševala manj kot 10 % glasovalnih pravic.

20. Družba Vivendi je ne glede na to zoper odločbo AGCom pri Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij) vložila tožbo, s katero predlaga njeno razveljavitev.

21. V tem sporu je sodišče, ki v njem odloča, Sodišču predložilo ta vprašanja za predhodno odločanje:

„(1) Ali je, čeprav je dolžnost držav članic, da preverijo, ali imajo podjetja prevladujoč položaj (in jim posledično naložijo določene obveznosti), določba člena 43(11) d.lgs. 31. 7. 2005, n. 177 (zakonska uredba št. 177 z dne 31. julija 2005), v besedilu, veljavnem na dan sprejetja izpodbijane odločbe, ki določa: ‚podjetja, tudi prek odvisnih ali povezanih družb, katerih prihodki v sektorju elektronskih komunikacij, kot je opredeljen v skladu s členom 18 decreto legislativo 10 agosto 2003, n. 259 (zakonska uredba št. 259 z dne 1. avgusta 2003), presegajo 40 % skupnih prihodkov iz navedenega sektorja, v integriranem sistemu komunikacij ne smejo dosegati prihodkov, ki presegajo 10 % prihodkov v tem sistemu‘, v nasprotju s pravom Evropske unije, in zlasti z načelom prostega pretoka kapitala iz člena 63 PDEU; in sicer v delu, v katerem je zadevni sektor s sklicevanjem na člen 18 Codice delle comunicazioni elettroniche (zakon o elektronskih komunikacijah) omejen na trge, primerne za predhodno zakonsko urejanje, čeprav je na podlagi splošno znanih dejstev jasno, da se informacije (katerih pluralizmu je namenjen predpis) vedno bolj prenašajo z uporabo spleta, osebnih računalnikov in mobilne telefonije, tako da bi izključitev zlasti maloprodajnih storitev mobilne telefonije iz tega sektorja samo zato, ker se opravljajo

⁸ Komisija je to okoliščino potrdila v odločbi z dne 30. maja 2017 (točka 49): „Vivendi does not jointly or solely control Mediaset in light of the following factors: (i) another industrial shareholder (Fininvest) historically holds the largest share of Mediaset's share capital (currently amounting to 39.53 % of the ordinary share capital and of 41.09 % of the voting share capital), has obtained the majority of the voting rights at least in the last 6 shareholders' meetings and has appointed the majority of the board at least in the last two terms (in 2012 and 2015); (ii) Vivendi has not appointed any members of the board of directors, which will remain in office until the approval of the financial statements for year 2017; and (iii) Vivendi does not enjoy any specific information or other rights, which materially differ from those of any other minority shareholder; and (iv) at the present, Vivendi and Mediaset are engaged in an on-going litigation, following the breaking down of the negotiations for the acquisition of Mediaset Premium in 2016 which seems, thus, to exclude commonality of interests between Vivendi and Mediaset“.

⁹ Delibera n. 178/17/CONS Accertamento della violazione dell'art. 43, comma 11, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, besedilo dostopno na spletni strani AGCom na povezavi: <https://www.agcom.it/documents/10179/7421815/Delibera+178-17-CONS/bb20ae9f-21eb-4d39-baf9-ee3fc9d8737a?version=1.1>.

v razmerah neokrnjene konkurence, lahko postala nerazumna? Ali je navedena določba v nasprotju s pravom Unije tudi ob upoštevanju dejstva, da je AGCom omejil sektor elektronskih komunikacij za namen uporabe navedenega člena 43(11) prav v obravnavani zadevi tako, da je upošteval samo trge, za katere je bila opravljena vsaj ena analiza od začetka veljavnosti zakona o elektronskih komunikacijah, in sicer od leta 2003 do današnjega dne, in prihodke iz zadnje koristne ocene iz leta 2015?

- (2) Ali načela s področja varstva svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev iz členov 49 in 56 Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), člena 15 in 16 Direktive 2002/21/ES [o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve], ki varujeta pluralnost in svobodo izražanja, ter načelo prava Evropske unije o sorazmernosti nasprotujejo uporabi nacionalne zakonodaje s področja javnih avdiovizualnih in radijskih medijskih storitev, kakršna je italijanska zakonodaja iz člena 43(11) in (14), v skladu s katero se za določitev drugega praga 10 % upoštevajo tudi prihodki podjetij, ki niso odvisna ali pod prevladujočim vplivom, ampak so le ‚povezana‘ v smislu člena 2359 Codice civile (civilni zakonik) (na katerega se sklicuje odstavek 14 člena 43), kljub temu, da ni mogoče vplivati na informacije, ki jih širijo?
- (3) Ali načela s področja svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev iz členov 49 in 56 Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), člena 15 in 16 Direktive 2002/21/ES ter načela o varstvu pluralnosti virov informacij in konkurence v radiotelevizijskem sektorju iz Direktive 2010/13/EU o avdiovizualnih medijskih storitvah in Direktive 2002/21/ES nasprotujejo nacionalni ureditvi, kakršna je zakonska uredba 177/2005, ki v odstavkih 9 in 11 člena 43 za ‚subjekte, za katere se zahteva vpis v register operaterjev komunikacij, vzpostavljen v skladu s členom 1(6)(a), točka 5, legge 31 luglio 1997, n. 249 (zakon št. 249 z dne 31. julija 1997)‘ (oziroma subjekte imetnike koncesije ali dovoljenja na podlagi veljavne zakonodaje, ki ga je izdal regulativni organ ali drugi pristojni organ, ter oglaševalska podjetja, ne glede na to, kje se oglaševanje predvaja, založnike itd. iz odstavka 9), določa precej drugačne pragove (in sicer 20 % oziroma 10 %) od tistih, ki jih določa za podjetja, ki poslujejo v sektorju elektronskih komunikacij, kot je opredeljen zgoraj (v odstavku 11)?“

22. Pisna stališča so predložile družbi Vivendi in Mediaset, italijanska vlada ter Komisija, ki so se udeležile obravnave 9. oktobra 2019.

III. Analiza

A. Dopustnost vprašanj za predhodno odločanje

23. Italijanska vlada meni, da je prvo vprašanje hipotetično, ker bi prihodki družbe Vivendi zaradi njenega nadzora nad družbo TIM v upoštevnem letu znašali 45,9 % vseh prihodkov sektorja elektronskih komunikacij tudi, če bi bil ta trg opredeljen širše. V vsakem primeru bi torej presegla prag 40 % prihodkov.

24. Ugovoru nedopustnosti ni mogoče ugoditi, saj se predložitveno sodišče sprašuje ravno o tem, ali je s pravom Unije skladen odstotni delež, določen za to, da se podjetjem, ki delujejo v sektorju elektronskih komunikacij, omeji dostop do ISK.

25. Družba Mediaset meni, da vprašanja predložitvenega sodišča niso dopustna, ker v njih ni podan jassen in koherenten opis nacionalnega pravnega okvira in ni pojasnjeno, zakaj naj bi bile nekatere od navedenih določb prava Unije upoštevne za rešitev spora.

26. Tudi ta ugovor ne more uspeti, saj za vprašanja za predhodno odločanje, ki se nanašajo na pravo Unije, velja domneva upoštevnosti, ki v tem primeru ni ovržena. Sodišče lahko odgovor na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je predložilo nacionalno sodišče, zavrne le, če je očitno, da zahtevana razlaga pravila prava Unije ni v nikakršni zvezi z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari, če je problem hipotetičen ali če Sodišče nima na voljo pravnih in dejanskih okoliščin, ki jih potrebuje, da bi lahko na postavljena vprašanja dalo koristne odgovore.¹⁰

27. V obravnavani zadevi ni podana nobena od teh okoliščin. Čeprav so v predložitvenem sklepu nekatere določbe prava Unije navedene brez pojasnila o njihovi upoštevnosti za rešitev spora, pa je v njem dovolj elementov za presojo, da je mogoče razumeti pravna vprašanja, ki se postavljajo v zvezi z morebitno neskladnostjo italijanske ureditve z določbami prava Unije. Sodišče predložitvenemu sodišču torej lahko da koristen odgovor.

B. Upoštevne določbe prava Unije

1. Določbe PDEU

28. Vsa tri vprašanja za predhodno odločanje se nanašajo na isti italijanski zakon, vendar se z njimi sprašuje o skladnosti različnih elementov tega zakona – kakor so bili razlagani v tej zadevi – z različnimi določbami PDEU. Prvo vprašanje se nanaša na člen 63 PDEU (prosti pretok kapitala), drugi dve pa na člen 49 PDEU (pravica do ustanavljanja) in člen 56 PDEU (svoboda opravljanja storitev).¹¹

29. V zvezi s členom 56 PDEU je mogoče ugotoviti, da se v obravnavanem primeru ne uporabi, ker v sporu o glavni stvari ni bilo čezmejnega opravljanja storitev.

30. Vendar bi bila italijanska ureditev načeloma lahko v nasprotju s svobodo ustanavljanja (člen 49 PDEU) in prostim pretokom kapitala (člen 63 PDEU).

31. V skladu s sodno prakso Sodišča je treba za ugotovitev, ali nacionalna zakonodaja spada na področje ene ali druge od teh svoboščin, upoštevati namen zadevne zakonodaje, tako da je¹²:

- člen 49 PDEU upošteven, če gre za nacionalno zakonodajo, ki se uporabi samo za deleže, ki imetniku omogočajo odločilno vplivanje na odločitve družbe in odločanje o njenih dejavnostih.
- Člen 63 PDEU pa se uporabi, če se nacionalni predpisi nanašajo na udeležbo, opravljeno izključno kot denarno naložbo, brez namena vplivati na upravljanje in nadzor podjetja.¹³

32. Iz podatkov v spisu je razvidno, da gre pri tem, da je družba Vivendi pridobila delnice družbe TIM in prevzela nadzor nad njo, za izvrševanje pravice do ustanavljanja. To, da je družba Vivendi pridobila precejšen del delnic družbe Mediaset, pa bi lahko spadalo bodisi na področje prostega pretoka kapitala (če bi bil namen družbe Vivendi zgolj premoženjska naložba) bodisi na področje svobode ustanavljanja (če bi družba Vivendi želela vplivati na upravljanje družbe Mediaset).

¹⁰ Sodbe z dne 16. junija 2015, Gauweiler in drugi (C-62/14, EU:C:2015:400, točka 25); z dne 7. februarja 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66, točka 32), ter z dne 10. decembra 2018, Wightman in drugi (C-621/18, EU:C:2018:999, točka 27).

¹¹ Kot je že bilo pojasnjeno, predložitveno sodišče ni jasno navedlo razlogov, zaradi katerih dvomi o tem, ali je italijanska zakonodaja v skladu z določbami PDEU o različnih svoboščinah notranjega trga.

¹² Glej v tem smislu sodbe z dne 13. novembra 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, točki 89 in 90); z dne 5. februarja 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, točka 21); z dne 10. aprila 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, točka 25); z dne 24. novembra 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, točka 31), ter z dne 6. marca 2018, SEGRO in Horváth (C-52/16 in C-113/16, EU:C:2018:157, točka 53).

¹³ Sodbi z dne 13. novembra 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, točki 91 in 92), ter z dne 24. novembra 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, točki 32 in 33).

33. Na podlagi zadevne italijanske zakonodaje pride do omejitve obeh svoboščin, saj je dejavnik, zaradi katerega družba Vivendi ne more opraviti znatne naložbe v delnice družbe Mediaset, njena udeležba v kapitalu družbe TIM in posledičen nadzor nad to družbo, ki ima velik delež na italijanskem trgu elektronskih komunikacij.¹⁴

34. Čeprav se zaradi konvergence sodne prakse Sodišča o obeh svoboščinah rezultata preizkusov skladnosti italijanske zakonodaje z zahtevami prostega pretoka kapitala oziroma svobode ustanavljanja ne bi bistveno razlikovala, pa se mi zaradi značilnosti spora o glavni stvari zdi, da bi bilo treba skladnost preveriti glede na določbe o pravici do ustanavljanja.¹⁵

35. V ozadju nesoglasij med družbama Vivendi in Mediaset je namen francoske skupine družb, da vpliva na upravljanje družbe Mediaset¹⁶ in s tem pridobi znaten delež italijanskega medijskega trga. Zdi se, da namen družbe Vivendi ni to, da zgolj zaradi doseganja dobička s pridobitvijo delnic družbe Mediaset opravi preprosto kapitalsko naložbo.

36. Če je tako, bi šlo za uresničevanje pravice do ustanavljanja francoskega podjetja na italijanskem medijskem trgu, ki je ovirano, ker je AGCom uporabil nacionalni zakon. Zdi se, da je družba Vivendi s pridobitvijo 28,8 % osnovnega kapitala družbe Mediaset, ki ustreza 29,94 % glasovalnih pravic – ponavljam – dejansko želela vplivati na upravljanje družbe Mediaset in v določenem obsegu odločati o dejavnostih tega podjetja v smislu sodne prakse Sodišča.

2. Direktivi o elektronskih komunikacijah in avdiovizualnih medijskih storitvah

37. Predložitveno sodišče se sklicuje tako na Okvirno direktivo (zlasti na člena 15 in 16) kot na Direktivo 2010/13 o avdiovizualnih medijskih storitvah.

38. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča se v primeru izčrpane harmonizacije direktive uporabljajo prednostno in namesto pravil primarnega prava (v tem primeru določb o svoboščinah v zvezi s prostim pretokom na notranjem trgu). Če direktive ne določajo izčrpane harmonizacije, pa jih je mogoče uporabiti skupaj s primarnim pravom.

39. V tej zadevi je treba torej razjasniti, ali je treba na vprašanja za predhodno odločanje odgovoriti izključno glede na Okvirno direktivo in Direktivo 2010/13 ali pa se prednostno uporabijo pravila primarnega prava (zlasti člen 49 PDEU) ob upoštevanju nekaterih določb teh dveh direktiv.

40. Menim, da ustrezni področji s tema direktivama nista urejeni izčrpno in da imajo države članice široko polje proste presoje pri sprejemanju odločitev na nacionalni ravni. Nadzor nad njimi je treba opraviti glede na člen 49 PDEU in sodno prakso Sodišča, v kateri je bil predmet razlage.

¹⁴ Družba TIM je, kot je bilo že navedeno, naslednica nekdanjega monopola italijanske države.

¹⁵ V sodni praksi Sodišča obstajajo primeri omejitev, ki jih je bilo mogoče uvrstiti na področje svobode ustanavljanja in prostega pretoka kapitala, a jih je Sodišče ob upoštevanju okoliščin sporov o glavni stvari analiziralo le glede na eno od teh svoboščin. Glej, med drugimi, sodbi z dne 17. septembra 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, točka 51 in navedena sodna praksa), ter z dne 6. marca 2018, SEGRO in Horváth (C-52/16 in C-113/16, EU:C:2018:157, točka 55).

¹⁶ Tako v svojem stališču navaja družba Mediaset (točka 10). Družba Vivendi v svojem Rapport annuel – Document de référence 2016 (letno poročilo – referenčni dokument 2016), str. 235 (dostopen na povezavi https://www.vivendi.com/wp-content/uploads/2017/03/20170314-VIV_Vivendi-Rapport-annuel-Document-de-reference-2016.pdf), priznava: „[...] l'entrée au capital de Mediaset s'inscrit dans la volonté de Vivendi de se développer en Europe du Sud et dans le cadre de ses ambitions stratégiques en tant que groupe international majeur dans le domaine des médias et des contenus d'essence européenne“.

41. V Okvirni direktivi so določene naloge nacionalnih regulativnih organov (v nadaljevanju: NRO). Ena od njih je zlasti (člen 16) analiza upoštevanih trgov, na podlagi katere lahko NRO¹⁷ za gospodarske subjekte s pomembno močjo na katerem od teh trgov določijo posebne obveznosti, imenovane tudi „korektivni ukrepi“.¹⁸ Gre torej za regulativne naloge, pri izvajanju katerih imajo NRO široko polje proste presoje, na podlagi katerega lahko¹⁹ ob eventualni pomoči Komisije²⁰ za vsak primer posebej ocenijo potrebo po regulaciji nekega trga.

42. Uporaba člena 43(11) EBARMS, ki jo je AGCom opravil v zvezi z družbo Vivendi, bi bila lahko načeloma zajeta z Okvirno direktivo, vendar je treba zaradi polja proste presoje, ki je s to direktivo priznana NRO, morebitno neskladnost uporabe tega člena s pravom Unije preizkusiti glede na zahteve člena 49 PDEU.

43. V zvezi z Direktivo 2010/13 je Sodišče ugotovilo, da nacionalno pravilo, s katerim so zaradi uresničevanja cilja v splošnem interesu urejeni nekateri vidiki razširjanja in distribucije avdiovizualnih medijskih storitev, ne spada na področje uporabe te direktive, razen če se z njim vzpostavlja nadzor nad televizijskimi programskimi vsebinami, ki je dodaten tistemu nadzoru, ki ga mora izvajati država članica izdajateljica.²¹

44. Italijanska določba (torej člen 43 EBARMS, na podlagi katerega podjetje, katerega prihodki so večji kot 40 % prihodkov sektorja elektronskih komunikacij, v ISK ne sme presegati praga 10 % prihodkov) zato, ker ne vpliva na vsebine in ne vzpostavlja dodatnega nadzora nad radiodifuzijo, ni zajeta s področjem uporabe Direktive 2010/13. Poleg tega je namen te nacionalne določbe zaščititi pluralnost medijev in svobodo obveščanja, ki sta cilja v splošnem interesu.

45. Skratka, analizo nacionalne zakonodaje je treba v obravnavanem primeru opraviti glede na člen 49 PDEU.

C. Omejitve pravice do ustanavljanja

46. Preučil bom skladnost italijanske ureditve, kot je bila razlagana v obravnavani zadevi, s členom 49 PDEU, pri čemer bom zaradi izoginitve ponavljanjem na vsa tri vprašanja za predhodno odločanje odgovoril skupaj.

¹⁷ NRO imajo regulativne pristojnosti, na podlagi katerih lahko ob upoštevanju načel konkurenčnega prava opredelijo trge elektronskih komunikacij na svojem ozemlju (člen 15(3) Okvirne direktive) in določijo gospodarske subjekte, ki imajo – samostojno ali skupaj z drugimi – pomembno tržno moč (člen 14 Okvirne direktive).

¹⁸ Glej v tem smislu sklepa z dne 12. decembra 2007, Vodafone España in Vodafone Group/Komisija (T-109/06, EU:T:2007:384, točke od 72 do 75), ter z dne 9. julija 2019, VodafoneZiggo Group/Komisija (T-660/18, EU:T:2019:546, točka 32).

¹⁹ Glej sodbi z dne 15. septembra 2016, Koninklijke KPN in drugi (C-28/15, EU:C:2016:692, točka 36), ter z dne 3. decembra 2009, Komisija/Nemčija (C-424/07, EU:C:2009:749, točka 61).

²⁰ Komisija pomaga NRO in si prizadeva zagotoviti usklajeno uporabo regulativnega okvira v celotni Uniji z objavo priporočil oziroma smernic zlasti – v skladu s členom 15 Okvirne direktive – o upoštevanih trgih izdelkov in storitev oziroma za tržno analizo in ocenitev pomembne tržne moči. Usklajevalna vloga Komisije je poudarjena tudi v okviru evropskega postopka posvetovanja iz členov 7 in 7a Okvirne direktive.

²¹ Sodbe z dne 4. julija 2019, Baltic Media Alliance (C-622/17, EU:C:2019:566, točki 73 in 74); z dne 22. septembra 2011, Mesopotamia Broadcast in Roj TV (C-244/10 in C-245/10, EU:C:2011:607, točka 50), ter z dne 9. julija 1997, De Agostini in TV-Shop (od C-34/95 do C-36/95, EU:C:1997:344, točka 34). Zadnji navedeni se nanašata na Direktivo Sveta 89/552/EGS z dne 3. oktobra 1989 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju dejavnosti razširjanja televizijskih programov (Direktiva o avdiovizualnih medijskih storitvah) (UL, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 6, zvezek 1, str. 224), ki je predhodnica Direktive 2010/13.

47. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča ta člen nasprotuje vsakemu nacionalnemu ukrepu, ki bi – tudi če se uporabi brez razlikovanja glede na državljanstvo – državljanom držav članic Unije lahko oviral uresničevanje svobode ustanavljanja, ki je zagotovljena s Pogodbo, ali zmanjšal privlačnost tega uresničevanja. Taki omejevalni učinki se lahko pojavijo takrat, kadar lahko nacionalna ureditev družbo odvrne od ustanavljanja podrejenih subjektov, kot je stalna poslovna enota, v drugih državah članicah in od izvajanja dejavnosti prek takih subjektov.²²

48. Zaradi omejitve, ki je bila na podlagi EBARMS naložena družbi Vivendi, je njena svoboda ustanavljanja v Italiji ovirana s tem, da ji je onemogočeno, da izvaja vpliv na upravljanje družbe Mediaset in – če bi se za to odločila – prevzame nadzor nad njo. Ne gre torej za neposredno omejitev svobode ustanavljanja, ki temelji na državljanstvu, ampak za posredno omejitev, ki brez razlikovanja velja za nacionalne subjekte in podjetja iz drugih držav članic.

49. Omejevalni učinek italijanske zakonodaje nastane na podlagi součinkovanja treh elementov, ki jih navaja predložitveno sodišče, in sicer:

- na eni strani uporabe ozkega pojmovanja „sektorja elektronskih komunikacij“, ki je omejen na trge, ki so lahko predmet predhodnega urejanja;
- na drugi strani upoštevanja prihodkov „povezanih“ (in ne le „odvisnih“) družb za izračun tržnih deležev v sektorju elektronskih komunikacij in medijskem sektorju;
- nazadnje, določitve različnih pragov (20 % in 10 % prihodkov ISK) za pridobitev deležev v medijih.

1. Ozka opredelitev sektorja elektronskih komunikacij

50. V zvezi s prvim elementom je mogoče navesti, da AGCom uporablja ozko opredelitev sektorja elektronskih komunikacij, ki izhaja iz člena 43(11) EBARMS v povezavi s členom 18 italijanskega zakona o elektronskih komunikacijah. Ker je s tem *de facto* zožen obseg sektorja elektronskih komunikacij, lažje pride do tega, da eno samo podjetje doseže 40 % vseh prihodkov tega sektorja, zaradi česar se zmanjšajo njegove možnosti, da si ustvari položaj v italijanskem medijskem sektorju.

51. S tem, da je AGCom uporabil ti italijanski določbi, je bil – kot je bilo že navedeno – sektor elektronskih komunikacij omejen na trge, ki so lahko predmet predhodnega urejanja,²³ torej te, za katere je bila od začetka veljavnosti zakona o elektronskih komunikacijah (2003) do današnjega dne opravljena vsaj ena analiza in katerih prihodki so razvidni iz zadnje koristne ocene (2015).

52. AGCom s takim pristopom iz sektorja elektronskih komunikacij izključi trge, katerih pomen za prenos podatkov stalno narašča; tako so izločeni trg maloprodajnih storitev mobilne telefonije, ki je konkurenčen trg, na katerem predhodni regulativni posegi držav članic niso potrebni, ali trgi drugih elektronskih komunikacijskih storitev, povezanih s spletom, ali storitev satelitskega radiodifuznega oddajanja. Vse te storitve so postale glavni način dostopanja do medijev, zaradi česar njihova izključitev iz izračuna ni logična.

53. Pri tej ozki opredelitvi sektorja elektronskih komunikacij se moč, ki jo ima v tem sektorju podjetje druge države članice (v tem primeru družba Vivendi), ki je lastnik deleža v kapitalu operaterja, kakršen je družba TIM, poveča, obenem pa se zmanjšajo njegove možnosti za pridobivanje deležev v sektorju avdiovizualnih medijev, s čimer se mu otežuje ustanavljanje v Italiji.

²² Glej zlasti sodbe z dne 11. marca 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, točka 43 in 44); z dne 13. oktobra 2011, DHL International (C-148/10, EU:C:2011:654, točka 60), ter z dne 10. maja 2012, Duomo Gpa in drugi (od C-357/10 do C-359/10, EU:C:2012:283, točka 35).

²³ Delibera n. 178/17/CONS, navedena v opombi 9, str. od 27 do 29.

2. Pomen „povezanosti“ družb

54. V zvezi z drugim elementom je mogoče navesti, da AGCom pri ugotavljanju, ali ima konkretno podjetje na trgih prevladujoč položaj, upošteva ne le prihodke „odvisnih“, temveč tudi „povezanih“ družb, nad katerimi to podjetje izvaja „znaten vpliv“ v smislu člena 2359(3) italijanskega civilnega zakonika.

55. V obravnavanem primeru družba Vivendi na podlagi svojega deleža v družbi Mediaset nanjo *de facto* ni mogla izvajati znatnega vpliva,²⁴ ker je zadnjenavedeno družbo nadzorovala skupina Fininvest, ki določa usmeritev njenega delovanja in s katero družba Vivendi konkurira. Vendar gre pri tem za dejansko vprašanje, ki ga z gotovostjo lahko razjasni le predložitveno sodišče.

56. Če bi bilo tako, bi bila svoboda ustanavljanja družbe Vivendi v Italiji zaradi uporabe zadevne določbe okrnjena, saj bi se s tem, da bi se ji pripisali prihodki „povezanih“ družb (kakršna je družba Mediaset), na katerih poslovno strategijo ne more vplivati, zmanjšala njena možnost, da si ustvari položaj v ISK.²⁵

3. Dvojni prag prihodkov v sektorju avdiovizualnih medijev

57. Svoboda ustanavljanja družbe Vivendi v Italiji je omejena tudi zato, ker je prepoved doseganja prihodkov v ISK, ki se zanjo uporabi, strožja od te, ki je določena za *običajne* operaterje komunikacij.

58. Ti²⁶ lahko v skladu z nacionalno ureditvijo dosegajo do 20 % prihodkov ISK. Družbe, ki imajo več kot 40 % sektorja elektronskih komunikacij, pa lahko dosežejo največ 10 % vseh prihodkov ISK. To določilo se pravzaprav uporabi le za družbo TIM, ki jo nadzoruje družba Vivendi, saj v sektorju elektronskih komunikacij samo ta ustvarja prihodke, ki presegajo 40 % prihodkov tega sektorja.

59. Določitev najvišje zgornje meje prihodkov za izvajanje poslovne dejavnosti v medijskem sektorju v Italiji sama po sebi pomeni omejitev svobode ustanavljanja podjetij iz drugih držav članic v Italiji. Ta omejitev je še toliko večja, ker je prag – na zgoraj opisan način – določen neenotno in je bolj neugoden za podjetje iz druge države članice, ki obvladuje italijansko družbo.

60. Skratka, zaradi odvrčilnega učinka italijanske ureditve, na podlagi katere je – kakor je bilo pojasnjeno – omejena možnost vstopa podjetij iz drugih držav članic v italijanski medijski sektor, pride do posega v svobodo ustanavljanja, varovano s členom 49 PDEU.

61. Vendar bi lahko ta omejitev temeljila na legitimnih razlogih, zaradi katerih bi bila upravičena in ki jih bom obravnaval spodaj.

²⁴ V zvezi s tem se sklicujem na trditve iz odločbe Komisije z dne 30. maja 2017, navedene v opombi 8.

²⁵ Na podlagi italijanske ureditve bi poleg tega prišlo do dvojnega upoštevanja prihodkov povezanega podjetja: prihodki družbe Mediaset se upoštevajo pri izračunu prihodkov tega italijanskega podjetja, ki ga nadzira skupina Fininvest, in pri izračunu deleža družbe Vivendi kot manjšinske delničarke družbe Mediaset.

²⁶ Torej podjetja, vpisana v register operaterjev komunikacij, ki imajo koncesije ali dovoljenja, ki so jih izdali AGCom ali drugi pristojni organi, ter podjetja, ki imajo koncesije za oglaševanje, založbe in podobni subjekti.

D. Utemeljitev omejitve

62. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča je svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU mogoče omejiti le s predpisi, ki so utemeljeni z izjemami, ki so izrecno našteje v členu 52 PDEU (javni red, javna varnost ali javno zdravje), ali nujnimi razlogi v splošnem interesu in veljajo za vse osebe ali podjetja, ki opravljajo dejavnost na ozemlju države članice gostiteljice. Poleg tega morajo biti zadevni nacionalni predpisi, da bi lahko bili upravičeni, taki, da zagotavljajo uresničitev cilja, ki mu sledijo, in ne presegajo tega, kar je potrebno za njegovo dosego.²⁷

63. Kot sem že navedel, se italijanska ureditev brez razlikovanja uporablja za vse gospodarske subjekte, ki delujejo v sektorjih elektronskih komunikacij in medijev v Italiji. Zato bi jo bilo mogoče utemeljiti z eno od izjem, ki so izrecno navedene v členu 52 PDEU, ali z nujnim razlogom v splošnem interesu.

64. Družba Mediaset in italijanski organi se sklicujejo na nujni razlog v splošnem interesu varstva pluralnosti informacij, ki je naveden tudi v EBARMS.²⁸ Predložitveno sodišče prav tako meni, da bi bila zadevna ureditev lahko utemeljena z varstvom pluralnosti informacij in medijev.

65. V skladu s členom 11(2) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah se „[s]poštujeta [...] svoboda in pluralnost medijev“. Ta elementa sta nujna za obstoj pravic do svobode izražanja in obveščanja, ki sta varovani s tem členom Listine, ki črpa iz člena 10 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP).²⁹

66. Medijska pluralnost je omenjena tudi v Protokolu št. 29 PDEU, v katerem je poudarjena „neposredn[a] povezanost sistema javne radiotelevizije v državah članicah z demokratičnimi, socialnimi in kulturnimi potrebami vsake družbe in potrebo po ohranitvi medijske pluralnosti“.

67. Pluralnost medijev je omenjena tudi v Okvirni direktivi in Direktivi 2010/13. Sklicevanja nanjo so konkretno v uvodni izjavi 5³⁰ Okvirne direktive in uvodnih izjavah 5 in 8 Direktive 2010/13.³¹ Evropski parlament je poudaril pomen, ki ga ima ta pluralnost za zagotavljanje svobode izražanja v demokratični družbi.³²

68. Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) je v zvezi s pomenom pluralizma medijev v okviru razlage člena 10 EKČP razvilo pomembno sodno prakso.³³

²⁷ Sodbe z dne 9. septembra 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, točki 29 in 47); z dne 9. marca 2006, Komisija/Španija (C-323/03, EU:C:2006:159, točka 45), in z dne 4. junija 2002, Komisija/Belgija (C-503/99, EU:C:2002:328, točka 45).

²⁸ V členu 3 EBARMS je kot eno od temeljnih načel sistema avdiovizualnih in radiofonskih medijskih storitev omenjeno „zagotavljanje svobode in pluralnosti radiotelevizijskih medijev“. V členu 5(1)(a) EBARMS je pojasnjeno, da mora biti v ISK spoštovano „varstvo pluralnosti radiotelevizijskih medijev, da se prepreči vzpostavitev ali ohranitev položajev, ki škodijo pluralnosti [...], tudi prek nadzorovanih ali povezanih subjektov [...]“.

²⁹ Za komentar o podobnostih in maloštevilnih razlikah med tema določbama glej Wachsmann, A., „Article 11. Liberté d'expression et d'information“, v Picod, F., Van Dooghenbroeck, S., (ur.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselj, 2018, str. od 255 do 271.

³⁰ „Ločitev zakonske ureditve za področje prenosa od zakonske ureditve za področje vsebin ne posega v upoštevanje povezav med njima, zlasti zato, da se zagotovijo pluralnost medijev, kulturna raznolikost in varstvo porabnikov.“ Moj poudarek.

³¹ V skladu z uvodno izjavo 5 Direktive 2010/13 imajo avdiovizualne medijske storitve „naraščajoči pomen za družbo, demokracijo – zlasti z zagotavljanjem svobode obveščanja, raznolikosti mnenj in pluralnosti medijev – izobraževanje in kulturo [...]“. V uvodni izjavi 8 te direktive pa je navedeno, da morajo države članice „nujno preprečiti sprejem kakršnega koli akta, ki bi utegnil škodovati prostemu pretoku in trgovanju s televizijskimi programskimi vsebinami ali spodbujati ustvarjanje prevladujočih položajev, zaradi katerih bi bila omejena pluralnost in svoboda televizijskega informiranja ter sektor informiranja v celoti“. Moj poudarek.

³² V točki E Resolucije Evropskega parlamenta z dne 3. maja 2018 o pluralnosti in svobodi medijev v Evropski uniji (2017/2209(INI)) je navedeno: „ker so svoboda, pluralnost in neodvisnost medijev ključne sestavine pravice do svobode izražanja; ker imajo mediji ključno vlogo v demokratični družbi, saj delujejo kot nadzorniki javnih služb ter s poglobljanjem njihovega razumevanja sedanjega političnega in družbenega okolja prispevajo k informiranju in krepitevi moči državljanov [...]“.

³³ Glej splošno analizo, ki jo je opravil Pisillo Mazzeschi, R., „Diritto al pluralismo informativo nei media audiovisivi e Convenzione europea dei diritti dell'uomo“, v Pisillo Mazzeschi, R., Del Vecchio, A., Manetti, M., Pustorino, P. (ur.), *Il diritto al pluralismo dell'informazione in Europa e in Italia*, Rai Eri, Rim, 2012, str. od 23 do 99.

69. ESČP je poudarilo, da je svoboda izražanja, določena v členu 10(1) EKČP, eden od glavnih temeljev demokratične družbe in eden od osnovnih pogojev za njen napredek. Brez pluralizma ni demokracije, ki iz svobode izražanja črpa svojo moč; zato je bistveno, da se omogočijo pobude in razprava o različnih političnih projektih, in to tudi take, s katerimi se podvomi o trenutni ureditvi države, če le ne pomenijo grožnje za demokracijo kot tako.³⁴

70. ESČP je ugotovilo tudi, da v demokratični družbi za zagotovitev resnične pluralnosti v avdiovizualnem sektorju ne zadostuje, da se omogoči obstoj več kanalov ali teoretična možnost vstopa potencialnih operaterjev na trg avdiovizualnih storitev. Treba je zagotoviti učinkovit dostop do trga, da se zagotovi taka raznolikost programskih vsebin na splošno, ki kar najbolje odraža raznoterost mnenj, ki obstajajo v družbi, ki so ji ti programi namenjeni.³⁵

71. Zato je menilo, da je s členom 10 EKČP v nasprotju to, da si lahko neka ekonomska ali politična skupina v družbi na področju avdiovizualnih medijev ustvari prevladujoč položaj in izvaja pritisk na radiotelevizijske izdajatelje ter v končni fazi omeji njihovo uredniško svobodo.³⁶ To velja tudi v primeru, v katerem ima prevladujoč položaj radiotelevizijska organizacija države, ki ima monopol nad razpoložljivimi frekvencami.³⁷

72. Glede na te elemente iz zakonodaje in sodne prakse je razumljivo, da je Sodišče pluralnost medijev brez oklevanja štelo za nujen razlog v splošnem interesu,³⁸ zaradi varstva katerega je lahko upravičeno sprejetje nacionalnih ukrepov, s katerimi se omejuje svoboda ustanavljanja (in druge svoboščine notranjega trga).³⁹ Poudarilo je tudi njen pomen v demokratični družbi.⁴⁰

73. Člen 43 EBARMS je načeloma ustrezen za uresničevanje cilja varstva pluralnosti medijev, ker se z njim preprečuje, da bi ena sama družba – sama ali prek svojih hčerinskih družb – pridobila pomemben del (več kot 20 %) ⁴¹ medijskega trga. Ta ureditev je torej primerna za varstvo pluralnosti informacij, pojmovane z njenega zunanjega vidika.

34 Sodbe z dne 8. julija 1986, Lingens proti Avstriji (CE:ECHR:1986:0708JUD000981582, točka 41); z dne 25. maja 1998, Socialistična stranka in drugi proti Turčiji (CE:ECHR:1998:0525JUD002123793, točke 41, 45 in 47); z dne 17. septembra 2009, Manole in drugi proti Moldaviji (CE:ECHR:2009:0917JUD001393602, točki 95 in 96), ter z dne 7. junija 2012, Centro Europa 7 S.r.l. in di Stefano proti Italiji (CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, točka 129).

35 Sodba z dne 7. junija 2012, Centro Europa 7 S.r.l. in di Stefano proti Italiji (CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, točka 130).

36 Sodba z dne 28. junija 2001, VgT Verein gegen Tierfabriken proti Švici (CE:ECHR:2001:0628JUD002469994, točki 73 in 75).

37 Sodbi z dne 24. novembra 1993, Informationsverein Lentia in drugi proti Avstriji (CE:ECHR:1993:1124JUD001391488, točka 39), ter z dne 7. junija 2012, Centro Europa 7 S.r.l. in di Stefano proti Italiji (CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, točka 133).

38 Glej analizo te sodne prakse iz Barzanti, F., „La giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea in tema di pluralismo dell’informazione: acquisizioni e prospettive“, v Pisillo Mazzeschi, R., Del Vecchio, A., Manetti, M., Pustorino, P. (ur.), *Il diritto al pluralismo dell’informazione in Europa e in Italia*, Rai Eri, Rim, 2012, str. od 205 do 229, in iz Cunha Rodrigues, J., „Le droit de l’Union et le pluralisme des médias“ v *La Cour de justice de l’Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015): liber amicorum Vassilios Skouris*, 2015, str. od 187 do 201.

39 Sodbe z dne 13. decembra 2007, United Pan-Europe Communications Belgium in drugi (C-250/06, EU:C:2007:783, točka 42); z dne 25. julija 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, EU:C:1991:323), in z dne 3. februarja 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, EU:C:1993:45).

40 Glej v tem smislu sodbe z dne 22. decembra 2008, Kabel Deutschland Vertrieb und Service (C-336/07, EU:C:2008:765, točka 33); z dne 6. septembra 2011, Patriciello (C-163/10, EU:C:2011:543, točka 31), in z dne 22. januarja 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točka 52). Glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott, predstavljene 30. marca 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:250, točka 1).

41 Možnost določitve kvantitativnih pragov za omejitev tega, da bi eno podjetje nadzorovalo medijski sektor, je določena v Priporočilu Odbora ministrov Sveta Evrope CM/Rec(2018) 1 z dne 7. marca 2018 o pluralnosti medijev in preglednosti njihovega lastništva, točki 3.4 in 3.5, dostopnem na povezavi <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680790e36>, pa tudi v Priporočilu Odbora ministrov Sveta Evrope CM/Rec(2007) 2 z dne 31. januarja 2007 o pluralnosti medijev in raznolikosti programskih vsebin, točki 2.3 in 2.4, dostopnem na povezavi https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d6bd7.

74. Prav tako bi bilo dopustno, da se glede na povezanost med sektorjem elektronskih komunikacijskih storitev in medijskim sektorjem določijo nekatere omejitve za preprečitev, da bi podjetja, ki že imajo prevladujoč položaj v prvonavedenem sektorju (na primer družba TIM, ki je vodilna v tem sektorju), to okoliščino izkoristila za krepitev svojega položaja v medijskem sektorju. Nacionalni ukrep, s katerim bi se v takem primeru omejil dostop do medijskega sektorja in preprečilo, da se v njem preveč moči koncentrira v rokah enega subjekta, lahko – vsaj teoretično – pripomore k pluralnosti informacij.

75. Vendar mora biti ta nacionalna ureditev ne le primerna za uresničevanje cilja varstva pluralnosti informacij, ampak prav tako ne sme presegati tega, kar je nujno potrebno za njegovo dosego. Z drugimi besedami, preiti mora skozi filter sorazmernosti, oblikovan v sodni praksi Sodišča.⁴²

E. Sorazmernost omejitve

76. Čeprav mora sorazmernost analiziranega ukrepa glede na cilje, katerih uresničevanju je namenjen, pretehtati predložitveno sodišče, pa mu Sodišče v zvezi s tem lahko da koristne napotke.

77. Glede na elemente, ki jih bom obravnaval spodaj, se mi zdi, da je spoštovanje zahteve sorazmernosti v tem primeru vsaj vprašljivo.

78. Prvič, razlaga člena 43 EBARMS in člena 18 zakona o elektronskih komunikacijah, ki jo je AGCom opravil za namene opredelitve sektorja elektronskih komunikacij, je zelo ozka in bržkone neuskladjiva s členoma 15 in 16 Okvirne direktive in priporočili Komisije v zvezi s tem sektorjem.⁴³

79. Kot argumentirata Komisija in družba Vivendi, tako izvedena razmejitev trgov elektronskih komunikacij ni povezana s ciljem zagotovitve pluralnosti v medijskem sektorju, ki je s prvonavedenim sektorjem sicer povezan, a se od njega razlikuje. Za določitev okvirja sektorja elektronskih komunikacij kot takega bi bilo treba upoštevati vse trge, ki so z njim zajeti, in ne le teh, ki morajo biti zaradi nezadostne stopnje konkurence predmet predhodnega urejanja.

80. Zgoraj sem navedel,⁴⁴ da bi morala opredelitev trgov elektronskih komunikacij vključevati vse trge, ki so z njim zajeti, zlasti pa trge maloprodajnih storitev mobilne telefonije, drugih elektronskih komunikacijskih storitev, povezanih s spletom, in storitev satelitskega radiodifuznega oddajanja, ki so postale najraje uporabljan način dostopa do medijev.

81. Drugič, z zahtevami sorazmernosti morda ni v skladu zelo nizek delež prihodkov (10 %) ISK, ki je določen kot zgornja meja, ki jo lahko v njem dosegajo podjetja, katerih prihodki v sektorju elektronskih komunikacij presegajo 40 % vseh prihodkov tega sektorja.

42 „[...] [Č]eprav je ohranitev pluralizma iz naslova kulturne politike vezana na temeljno pravico do svobode izražanja in da imajo zato nacionalni organi glede tega veliko diskrecijsko pravico, zahteve, ki izhajajo iz ukrepov, namenjenih izvajanju take politike, v nobenem primeru ne smejo biti nesorazmerne glede na omenjeni cilj in podrobna pravila njihove uporabe ne smejo biti diskriminatorna na škodo državljanov drugih držav članic“. „Taka zakonodaja zlasti ne more upravičiti ravnanja državnih organov po prostem preudarku, kadar zaradi takega ravnanja določbe Skupnosti v zvezi s temeljno svobodo izgubijo svoj polni učinek“. V tem smislu glej sodbe z dne 28. novembra 1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, točka 19); z dne 20. februarja 2001, Analir in drugi (C-205/99, EU:C:2001:107, točka 37); z dne 22. januarja 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, točka 35); z dne 12. junija 2003, Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333, točka 82), ter z dne 13. decembra 2007, United Pan-Europe Communications Belgium in drugi (C-250/06, EU:C:2007:783, točki 44 in 45).

43 V uvodni izjavi 2 Priporočila Komisije 2014/710/EU z dne 9. oktobra 2014 o upoštevni trgov proizvodov in storitev v sektorju elektronskih komunikacij, ki so lahko predmet predhodnega urejanja v skladu z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL 2014, L 295, str. 79) je navedeno, da je „[c]ilj vsakega predhodnega regulativnega posredovanja [...] nazadnje ustvariti koristi za končne uporabnike z doseganjem učinkovite in trajne konkurenčnosti maloprodajnih trgov. Nacionalni regulativni organi bodo verjetno postopoma ugotovili, da so lahko maloprodajni trgi konkurenčni tudi brez ureditve na veleprodajni ravni, zlasti glede na pričakovana izboljšanja na področju inovacij in konkurence“. V zvezi s tem so opredeljeni štirje trgi sektorja, na katerih je zaradi povečanja konkurence potrebno posredovanje NRO.

44 Glej točko 52.

82. Res je – kot sem že navedel – da sta sektorja zaradi vse večjega zblíževanja elektronskih komunikacij, avdiovizualnih medijev in informacijskih tehnologij povezana.⁴⁵ Vendar to ne pomeni, da imajo podjetja, ki so dejavna na področju elektronskih komunikacijskih storitev, neizogibno in sama po sebi zmožnost vplivati na sektor medijev avdiovizualnega obveščanja ali sporočanja.⁴⁶ Ta podjetja nadzorujejo prenos in oddajanje vsebin, ne pa nujno tudi njihovo ustvarjanje, s katerim je povezana uredniška odgovornost.⁴⁷ Zato je treba zakonsko ureditev za področje prenosa ločiti od zakonske ureditve za področje vsebin.⁴⁸

83. V tem smislu je Sodišče ugotovilo, da se z direktivami, ki tvorijo nov regulatorni okvir, ki se uporablja za elektronske komunikacijske storitve, jasno razlikuje med produkcijo vsebine, ki zajema uredniško odgovornost, in prenašanjem vsebine, pri katerem je izključena vsakršna uredniška odgovornost, saj za vsebino in njen prenos veljata ločeni ureditvi, ki uresničujeta vsaka svoje cilje.⁴⁹

84. To, da neki gospodarski subjekt obvladuje področje elektronskih komunikacij, torej ne pomeni nujno, da izvaja enak nadzor nad vsebinami, ki se prenašajo po njegovi infrastrukturi in za katere odgovarja medij, ki jih ustvarja in ima v zvezi z njimi uredniško odgovornost.

85. Na podlagi te premise je treba preučiti splošno in abstraktno predpostavko iz italijanske zakonodaje, da je to, da neki subjekt obvladuje več kot 40 % trga elektronskih komunikacij, povezano z nevarnostjo za pluralnost informacij. Učinki te zakonodaje bi se lahko šteli za nesorazmerne, saj je na njeni podlagi samodejno onemogočeno, da bi katero koli podjetje,⁵⁰ ne glede na njegove značilnosti, ki ima v prvem sektorju omenjen delež, v drugem sektorju (torej v ISK) lahko dosegalo več kot 10 % v njem ustvarjenih prihodkov.

86. Tretjič, čeprav besedilo člena 2359 civilnega zakonika, ki se nanaša na povezane družbe, načeloma ne vzbuja pomislekov, pa se ne sme pozabiti, da določa zgolj domnevo: domneva se, da ima ena družba na drugo znaten vpliv, če lahko v njej izvršuje 1/5 glasovalnih pravic oziroma 1/10 teh pravic, če je lastnica delnic, ki kotirajo na reguliranih trgih.

87. Nesorazmerno bi bilo, če bi se ta domneva kot neovrgljiva uporabila za to, da bi se zaradi uveljavitve omejitve svobode ustanavljanja, ki je predmet preučitve, položaj „odvisne družbe“ izenačil s položajem „povezane družbe“, čeprav je – kot, kakor se zdi, v obravnavanem primeru – mogoče z gotovostjo ugotoviti, da družba (Vivendi), ki ima v drugi družbi (Mediaset) delež glasovalnih pravic, ki presega navedeni meji, nanjo *de facto* ne more izvajati znatnega vpliva.

45 Glej uvodno izjavo 5 Okvirne direktive.

46 Predsednik Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Giuseppe Tesaro, „Assetto del sistema radiotelevisivo e della società RAI–Radiotelevisione Italiana (AS 247)“, 19. december 2002, str. 10, <https://www.aeranticorallo.it/segnalazione-19-dicembre-2002-dell'autorita-garante-della-concorrenza-e-del-mercato-qassetto-del-sistema-radiotelevisivo-e-della-societa-rai-radiotelevisione-italiana-as-247/?print=pdf>, je navedel: „risulta priva di una valida giustificazione la previsione di un diverso e più stringente limite, pari al 10 %, della raccolta delle risorse nel sistema integrato delle comunicazioni, in capo agli organismi i cui ricavi nel mercato dei servizi di telecomunicazioni siano superiori al 40 % dei ricavi complessivi di tale ultimo mercato. In considerazione del fatto che tale norma prevede l'applicazione di limiti più rigidi ad un operatore in virtù della sua posizione competitiva in un mercato distinto e non strettamente connesso, detta previsione appare ultronea. Le attività di un operatore in posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni sono e devono essere regolate con riferimento a quello specifico comparto“.

47 V členu 2(c) Okvirne direktive je pojasnjeno, da so iz pojma „elektronska komunikacijska storitev“ na eni strani izključene „storitve, s katerimi se zagotavljajo vsebine ali izvaja redakcijski nadzor nad vsebinami, ki se pošiljajo po elektronskih komunikacijskih omrežjih in z elektronskimi komunikacijskimi storitvami“ in na drugi strani „storit[ve] informacijske družbe, opredeljen[e] v členu 1 Direktive 98/34/ES [Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. junija 1998 o določitvi postopka za zbiranje informacij na področju tehničnih standardov in tehničnih predpisov o storitvah informacijske družbe (UL, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 13, zvezek 20, str. 337)], ki niso v celoti ali pretežno sestavljene iz prenosa signalov po elektronskih komunikacijskih omrežjih“.

48 Tudi to je navedeno v uvodni izjavi 5 Okvirne direktive.

49 Sodbe z dne 7. novembra 2013, UPC Nederland (C-518/11, EU:C:2013:709, točka 41); z dne 30. aprila 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, točka 36), in z dne 13. junija 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498, točke 31, 32 in 33).

50 Kot je že bilo pojasnjeno, družba TIM (in posledično družba Vivendi kot večinska delničarka) sama obvladuje več kot 40 % trga elektronskih komunikacij v Italiji.

IV. Predlog

88. Glede na zgornja pojasnila Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija), odgovori tako:

„Svoboda ustanavljanja, varovana s členom 49 PDEU, nasprotuje nacionalnemu ukrepu, s katerim je zaradi ohranitve pluralnosti informacij prepovedano, da bi si katera koli družba, katere prihodki v sektorju elektronskih komunikacij presegajo 40 % vseh prihodkov tega sektorja, na medijskem trgu ustvarila položaj, ki ustreza več kot 10 % prihodkov, ustvarjenih na tem trgu, če se:

- za sektor elektronskih komunikacij šteje le ta, s katerim so zajeti trgi, ki so lahko predmet predhodnega urejanja; in
- prepoved naloži družbam, povezanim z glavno družbo, ki pa nanje ne more izvajati znatnega vpliva, kar mora razjasniti predložitveno sodišče.“