

Sag C-255/21

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

21. april 2021

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

25. marts 2021

Appellant:

Reti Televisive Italiane SpA (RTI)

Indstævnt:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - AGCOM

Hovedsagens genstand

Appeller iværksat for Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) til prøvelse af domme afsagt af Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien) vedrørende tre afgørelser truffet af Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - AGCOM (tilsynsmyndigheden for kommunikation, Italien), hvorved Reti Televisive Italiane SpA (RTI) blev pålagt en sanktion for tilsidesættelse af grænserne for reklamesendetiden.

Den præjudicielle afgørelses genstand og retsgrundlag

Spørgsmål om, hvorvidt den italienske lovgivning om grænser for reklamesendetiden er forenelig med artikel 23 i direktiv 2010/13/EU, sammenholdt med 43. betragtning til direktiv 2018/1808/EU og affattelsen af artikel 23 i direktiv 2010/13/EU, som ændret ved ovennævnte direktiv 2018/1808, samt fortolkning af disse bestemmelser i konkurrenceretten.

Præjudicielt spørgsmål

Den Europæiske Unions Domstol bedes besvare følgende spørgsmål:

[1]] Kan en fortolkning af national ret – under hensyn til EU-rettens regler om begrænsning af reklamesendetiden og under hensyn til den betydning, som [EU-retten] generelt tillægger begrebet koncern eller en enkelt økonomisk enhed, som fremgår af talrige kilder i konkurrenceretten (af relevans for dette tilfælde er 43. betragtning til direktiv 2018/1808/EU og den nye affattelse af artikel 23 i direktiv 2010/13/[EU]) – på trods af den sontring, der følger af national italiensk lovgivning i medfør af artikel 5, stk. 1, litra b), i lovdekret 177/[2005], mellem TV- og radiostationer – anses for at være forenelig med EU-retten, når denne fortolkning bevirker, at det af artikel 1, stk. 1, litra a), i lovdekret 177/[2005], som ændret i den nuværende affattelse med virkning fra den 30. marts 2010 (til gennemførelse af direktiv 2007/65/EF), udledes, at konvergensprocessen mellem de forskellige former for kommunikation (elektronisk kommunikation, skriftlige udgivelser, herunder digitale, og internet i alle afskygninger) navnlig gælder mellem udbydere af TV- og radiomedier, især når de allerede indgår i indbyrdes forbundne virksomhedssammenslutninger, og at [denne proces] generelt finder anvendelse med de deraf følgende konsekvenser for fortolkningen af [lovdekretets] artikel 38, stk. 6, således, at spredningsforetagendet også kan være koncernen som økonomisk enhed, eller kan der, efter de nævnte EU-retlige principper, og under hensyn til, at området for forbud mod reklamesendetid er selvstændigt i forhold til konkurrenceretten, ikke – i perioden før 2018 – tillægges koncerner og nævnte konvergensproces og den såkaldte tværmedialitet nogen betydning, idet alene det enkelte spredningsforetagende skal tages i betragtning ved beregningen af reklametidsindekset, selv om den pågældende enhed er tilknyttet en koncern (også fordi denne omstændighed alene nævnes i den konsoliderede udgave af artikel 23 i direktiv 2010/13/[EU], som følger af vedtagelsen af direktiv 2018/1808/EU)?

[2]] Kan det af begrebet »medietjenesteudbyder i en koncern« (eller med appellants ordvalg: forlagskoncern) – henset til ovennævnte EU-retlige principper om koncerner og virksomheder som en enkelt økonomisk enhed, når henses til forbuddet mod at overskride grænserne for reklamesendetiden og i betragtning af den senere affattelse af nævnte artikel 23 – på trods af den nævnte sontring [org. s. 20] for så vidt angår tilladelser, også udledes af den konkurrenceretlige ramme om [det integrerede kommunikationssystem], som fremgår af artikel 43 i lovdekret 177/[2005], at koncerninterne, tværmediale reklamebeskeder ikke medregnes i grænserne for reklamesendetiden i medfør af artikel 38, stk. 6, i lovdekret [177/2005], eller er en sådan fortolkning udelukket for perioden før 2018, eftersom konkurrenceretten på TV-området er selvstændig i forhold til reglerne om begrænsning af reklamesendetiden?

[3]] Er den nye affattelse af artikel 23, stk. 2, litra a), i direktiv 2010/13/EU en anerkendelse af et allerede eksisterende princip i konkurrenceretten om koncerners generelle betydning, eller er der tale om en fornyelse? Er der i det

førstnævnte tilfælde tale om en retlig virkelighed, der allerede er taget højde for i EU-retten – som dermed ligeledes kan omfatte det foreliggende tilfælde, som tidsmæssigt ligger forud for den nye affattelse, og påvirke [den nationale tilsynsmyndigheds] fortolkning, idet denne under alle omstændigheder forpligtes til at anerkende begrebet koncernforbundet »medietjenesteudbyder« – eller er denne fornyelse i sidstnævnte tilfælde til hinder for, at der lægges vægt på virksomhedssammenslutninger i situationer, der er opstået inden indførelsen heraf, eftersom bestemmelsen ikke finder anvendelse ratione temporis, henset til, at der er tale om en ny bestemmelse?

[4]) Under alle omstændigheder og ud over tilladelsesordningen i artikel 5 i lovdekret 177/2005 og den nye affattelse af artikel 23, der blev indført i 2018, – dvs. såfremt denne nye bestemmelse ikke blot anerkender et eksisterende princip, men er udtryk for en fornyelse som omhandlet i det tredje spørgsmål – er de indbyrdes radio-TV-forhold, henset til den generelle og tværgående karakter af begreberne økonomisk enhed og koncern, generelt inden for konkurrenceretten nøglen til fortolkning af de grænser for reklamesendetiden, der i det mindste implicit er fastsat i forhold til virksomhedssammenslutninger (eller nærmere bestemt i forhold [til] kontrolforholdene mellem virksomhederne i koncernen) og til disse virksomheders funktionelle enhed, således at reklame for koncerninterne TV- og radioprogrammer [o.a.: denne sætning er ufuldstændig på italiensk], eller er disse integrationsforhold omvendt uden betydning for grænserne for reklamesendetiden [**org. s. 21**], og skal de »egne« programmer som omhandlet i artikel 23 (i den oprindelige affattelse) således anses for at være de programmer, som alene tilhører det spredningsforetagende, der reklamerer for disse, og ikke koncernen som helhed, for så vidt som denne regel er en selvstændig bestemmelse, som ikke giver mulighed for en systematisk fortolkning, der udvider bestemmelsen til koncerner forstået som en enkelt økonomisk enhed?

[5]) Skal artikel 23 i sin oprindelige affattelse – selv i det tilfælde, hvor denne bestemmelse ikke skal fortolkes som en bestemmelse, der henhører under konkurrenceretten – under alle omstændigheder forstås som en tilskyndelsesbestemmelse, der beskriver de særlige kendetegn ved reklamer, som udelukkende er oplysende og ikke tilsigter at overbevise nogen om at købe andre varer og tjenesteydelser end de programmer, der reklameres for, og skal denne bestemmelse dermed anses for at være udelukket fra anvendelsesområdet for bestemmelserne vedrørende reklametid, hvorved den for virksomheder i samme koncern finder anvendelse på al integreret, tværmedial reklame, eller skal denne bestemmelse forstås som en fravigelse af eller undtagelse til beregningen af reklamesendetiden og dermed fortolkes indskrænkende?

Relevante EU-retlige forskrifter

Artikel 23 i direktiv 2010/13/[EU]: både den oprindelige affattelse og i affattelsen, som ændret ved direktiv 2018/1808/EU.

43. betragtning til direktiv 2018/1808/EU.

Anførte nationale forskrifter

Decreto legislativo del 31 luglio 2005, n. 177 - Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (lovdekret nr. 177 af 31.7.2005 om de konsoliderede bestemmelser vedrørende audiovisuelle og radio-medietjenester) (herefter »lovdekret nr. 177/2005« eller »TUSMAR«). Heri bestemmes navnlig:

I artikel 5 opregnes de principper, som ordningen med audiovisuelle og radio-medietjenester skal overholde, dvs. a) beskyttelsen af konkurrencen inden for ordningen med audiovisuelle og radio-medietjenester og massekommunikationsmidler og på reklamemarkedet samt beskyttelsen af radio- og TV-mediers pluralitet, hvorved man undgår, at der oprettes eller opretholdes stillinger, der er skadelige for pluraliteten, og b) fastlæggelse af forskellige tilladelser til udøvelse af virksomheden som netoperatør eller TV-spredningsforetagende eller udbyder af »on demand« audiovisuelle medietjenester eller som digital radiostation eller leverandør af tilknyttede interaktive tjenester, for hvilke der fastsættes en godkendelsesordning.

Artikel 38, stk. 2, bestemmer, at for selskaber, der udbyder frit tilgængeligt tv – herunder analogt – bortset fra indehaveren af koncession til udsendelse af public service-tv, må landsdækkende udsendelse af reklameindslag ikke overskride 15% af den daglige programflade og 18% af en given klokkeperiode, idet en eventuel overskridelse, der under alle omstændigheder højst må udgøre 2% i løbet af en time, skal udlignes i den foregående eller efterfølgende time.

Artikel 38, stk. 6, fastsætter, at annonceringer, som TV-spredningsforetagender, herunder analoge, foretager i forbindelse med egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer, samt sponsorannonceringer og produktplaceringer ikke er omfattet af ovennævnte stk. 2.

TUSMAR's artikel 52 foreskriver sanktioner for tilsidesættelsen af lovdekretets artikel 38.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Ved tre forskellige afgørelser med tilsvarende indhold, som blev forkyndt den 28. september 2017, pålagde AGCOM (tilsynsmyndigheden for kommunikation) RTI (herefter også »appellanten«) sanktioner for tilsidesættelse af de grænser for reklamesendetiden, der er fastsat i artikel 38, stk. 2, i lovdekret nr. 177/2005. De tre afgørelser vedrørte de tre TV-spredningsforetagender »Canale 5«, »Italia 1« og »Rete 4«, som tilhører RTI.

- 2 Ved beregningen af disse sendetidsgrænser medregnede AGCOM i reklamerne nemlig også meddelelser, som de tre ovennævnte TV-spredningsforetagender havde udsendt for at reklamere for radiostationen R101, som var ejet af selskabet Monradio s.r.l., af hvori RTI ejede 80% af selskabskapitalen, mens A. Mondadori Editore s.p.a. ejede 20%. De to sidstnævnte selskaber indgår i samme koncern.
- 3 RTI anlagde tre forskellige søgsmål med identisk indhold til prøvelse af de tre ovennævnte afgørelser for Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, herefter »den regionale forvaltningsdomstol«), som imidlertid frifandt AGCOM i de tre sager. RTI har herefter iværksat appel for den forelæggende ret.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 4 Efter appellants opfattelse vedrørte de meddelelser, som koncernens tre TV-spredningsforetagender udsendte, alene en præsentation af R101's programmer og skulle derfor kvalificeres som meddelelser med egen reklame, der ikke skulle medregnes i den grænse for reklamesendetiden, som foreskrives i TUSMAR's artikel 38, stk. 6.
- 5 Appellanten har anført, at den omstændighed, at R101 var ejet af et andet selskab end appellanten, er uden betydning, eftersom begge tilhørte samme koncern. Det afgørende forhold er forlagskoncernens økonomiske enhed, og ikke at koncernen består af flere juridiske personer. Den omstændighed, at der udøves forlagsvirksomhed på flere medier (TV, radio, internet), også som koncern, er en normal følge af digitaliseringen, og egen reklame for »koncernen« er en udbredt praksis på radio- og TV-markedet.
- 6 Selv om AGCOM anerkendte, at der ikke foreligger et aspekt vedrørende RTI's personelle ansvar, advarede myndigheden selskabet mod at fortsætte med at begå de konstaterede tilsidesættelser, idet den navnlig anførte følgende: 1) TUSMAR foretog, også med andre tilladelser, en forskellig regulering af henholdsvis radiostationer og TV-spredningsforetagender, som i det foreliggende tilfælde ejes af forskellige personer, og den ansvarshavende redaktør for det indhold, som er genstand for egen reklame, er således ikke den samme som den ansvarshavende for den station, der udsender meddelelsen herom; 2) TUSMAR's artikel 38, stk. 6, vedrører alene TV-spredningsforetagender, som det fremgår af den konsoliderede udgaves artikel 2, som sonderer mellem TV- og radiostationer og alene omtaler egen reklame som stationens annonceringer vedrørende egne programmer; 3) TUSMAR's artikel 2, stk. 2, litra b), udelukker de personer, der som i det foreliggende tilfælde alene varetager udsendelsen af programmer, for hvilke tredjemand er ansvarshavende redaktør, fra begrebet »udbydere af audiovisuelle medietjenester«; 4) såfremt den nationale lovgiver ville have tillagt begrebet koncern betydning, ville det være blevet fastsat i en udtrykkelig bestemmelse, hvilket ikke er sket i det foreliggende tilfælde.

- 7 For den regionale forvaltningsdomstol har RTI gjort gældende, at princippet »in dubio pro libertate«, som EU-Domstolen har fastsat, skal finde anvendelse på både EU-retsgrundlaget (artikel 23 i direktiv 2010/13/EU) og det nationale retsgrundlag (TUSMAR's artikel 38), og når der i det nationale retsgrundlag er fastsat strengere regler, som fastsætter grænser for den fri udveksling af TV-distributionstjenester, skal disse fortolkes mere gunstigt. Egen reklame til fordel for stationen R101 skal således ikke medregnes i grænserne for reklamesendetiden.
- 8 RTI har tilføjet, at AGCOM's tilgang – som er støttet på forskellen i selskabernes juridiske person, idet RTI ejer TV-kanalerne, og Monradio s.r.l. ejer radiokanalen, selv om de er samlet ved en forbindelse af kontrolforholdene – er til hinder for, at meddelelserne kvalificeres som egen reklame, og er i strid med den systematiske tilgang, der foreskrives i TUSMAR's artikel 1, stk. 2, som tilsigter, at al virksomhed med levering af indhold til offentligheden reguleres samlet uden hensyn til det anvendte medium og på enhver måde, og ifølge RTI er praksis med »tværmedial« egen reklame mellem TV- og radiotjenester og over internettet nu udbredt uafhængigt af de forskellige tilladelser.
- 9 Endelig har RTI anført, at TV- og radioprogramplanlægningen for RTI og de enheder, som denne koncern kontrollerer, skyldes samlede og koordinerede valg, og at de udgør en samlet forlagskoncern, hvortil såvel egen reklame og de programmer, der er genstand herfor, kan henføres, selv om flere juridiske personer er involveret.
- 10 Ved frifindelsen af AGCOM fastslog den regionale forvaltningsdomstol, at eftersom der ved TUSMAR's artikel 38, stk. 2 og 5, er fastsat maksimale grænser for TV-spredningsforetagendets udsendelse af egen reklame, vedrører begrebet »udbydere« i samme bestemmelses stk. 6 for så vidt angår egen reklame alene reklame for egne programmer. Denne bestemmelse er således en fravigelse af og undtagelse til reglen om reklamesendetiden med adjektivet »egne«, der henviser til programmer fra et TV-spredningsforetagende (og ikke en radiostation, selv om de tilhører samme koncern).
- 11 Den regionale forvaltningsdomstol fastslog endvidere, at det er korrekt, at artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13/EU i den nuværende affattelse har fastsat en undtagelse til grænserne for reklamesendetiden i TV-spredningsforetagendets udsendelser, men alene for TV-spredningsforetagendets »annonceringer [...] i forbindelse med egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer eller med [...] sponsorannonceringer [og] produktplaceringer«. Når direktivet omtaler »TV-spredningsforetagendet«, tilsigter det således alene at henvise til en »medietjenesteudbyder af fjernsynsudsendelser« [artikel 1, stk. 1, litra f)], og når direktivet nævner begrebet »program«, henviser det til »et sæt levende billeder med eller uden lyd, [...] hvis form og indhold kan sammenlignes med form og indhold af tv-spredning. [...]«, og dermed vedrører såvel EU-lovgivningen som den nationale lovgivning aldrig radiostationer.

- 12 Endelig fastslog den regionale forvaltningsdomstol, at forskellene i de personelle forhold hos meddelelsens udsender og den ansvarlige for det program, der reklameres for (radiostationen), er til hinder for, at TUSMAR's artikel 38, stk. 6, finder anvendelse. De aktiviteter med ledelse og koordinering, som ejeren af et TV-spredningsforetagende udøver i forhold til radiostationens ejer, giver nemlig ikke førstnævnte egenskab af redaktør, og vedkommende kan derfor ikke få et redaktionelt ansvar for sidstnævntes programmer. Under alle omstændigheder har RTI i det foreliggende tilfælde ikke godtgjort, at det har en beføjelse til et reelt indgreb i de økonomiske valg, som foretages af den enhed, der kontrolleres af Monradio, endsige at der dermed foreligger en samlet beslutningsenhed mellem de to udbyderes aktiviteter.
- 13 Appellanten har anfægtet den regionale forvaltningsdomstols snævre opfattelse af begrebet egen reklame, idet selskabet har gjort gældende, at denne opfattelse fratager egen reklame karakteren af undtagelse til beregningen af de nævnte grænser, idet der ved egen reklame forstås den særlige form for reklame, hvormed udbyderen fremmer sine egne varer, tjenester, programmer eller kanaler, og nu er denne form for reklame endnu bedre defineret, idet grænserne for reklamesendetiden alene vedrører de specifikke kategorier »TV-reklamer« og »teleshopping«, hvorfor egen reklame er forskellig fra alle andre former for reklame for varer og vedrører programflader, som ikke udbydes på annoncørernes marked, men anvendes direkte af udbyderen.
- 14 Det er endvidere appellants opfattelse, at hypotesen om, at egen reklame alene kan vedrøre udbyderens egne programmer, som denne udsender, er i strid med EU-lovgiver og TUSMAR's systematiske tilgang, der ikke er inddelt i platforme, som ikke udelukker samme koncern fra at være samtidig redaktør for analoge, nationale TV- og radiokanaler og dermed fra tværmedial egen reklame.
- 15 Appellanten har desuden anført, at TUSMAR's artikel 38, som gennemfører artikel 23 i direktiv 2010/13, skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten i betragtning af Domstolens angivelser (dom af 28.10.1999, C-6/98, ARDe Pro Sieben Media AG, præmis 29-31, og af 24.11.2011, C-281/09, Kommissionen mod Spanien).
- 16 Appellanten har tilføjet, at integrationsforholdene mellem radio og TV er reguleret under hensyn til koncernen og ikke til den formelle opdeling af denne i flere selskaber, og AGCOM begik derfor en fejl ved at finde, at den samlede karakter af forlagskoncernen var uden betydning, eftersom princippet om udtømmende definitioner og det strenge legalitetsprincip gælder på området for administrative uregelmæssigheder, og der i det foreliggende tilfælde ikke foreligger en udtrykkelig lovbestemmelse, kan ulovligheden af en tværmedial egen reklame ikke udledes af lovgivers blotte tavshed, men kræver en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse til den almindelige betydning, som TUSMAR tillægger koncernen.

- 17 Appellanten har endelig påberåbt sig 43. betragtning til direktiv 2018/1808 og den ændring, som dette direktiv indførte i artikel 23, stk. 2, litra a), i direktiv 2010/13, selv om de faktiske omstændigheder i sagen ligger forud for denne ændring. I henhold til sidstnævnte bestemmelse gælder grænserne for reklamesendetiden ikke for »annonceringer, som TV-spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer eller med programmer og audiovisuelle medietjenester fra andre enheder, der tilhører den samme TV-koncern«. Efter appellants opfattelse skal disse bestemmelser i henhold til princippet om ensartet fortolkning tjene som fortolkningsparameter for national ret, og også den tidligere gældende nationale ret.
- 18 Endelig har appellanten gjort gældende, at AGCOM foretog en fortolkning af begrebet egen reklame for programmer, som var ulovlig og i strid med EU-retten, idet denne myndighed ikke anerkendte forlagskoncernens betydning og dermed muligheden for at undtage tværmedial egen reklame fra reklamesendetiden.

Kortfattet fremstilling af den præjudicielle forelæggelses begrundelse

- 19 Den forelæggende ret har præciseret, at tvistens genstand ikke er, om den kontrollerende enhed har en beføjelse til et reelt indgreb i den kontrollerede enheds økonomiske valg, men derimod om det eventuelt var ulovligt, at det kontrollerende audiovisuelle medieselskab reklamerede for den kontrollerede radiostations programmer.
- 20 Denne ret har desuden konstateret, at den systematiske, men tværmediale tilgang, som appellanten har påberåbt sig, kan stride mod den nationale lovgivers hensigt ved gennemførelsen af direktiv 2010/13 eller endda skabe konkurrencebegrænsende problemstillinger alene til skade for radiostationerne. Den forelæggende ret har i denne forbindelse nævnt AGCOM's afgørelse, hvorefter koncentrationen af TV- og radiotransmission kan skabe udelukkelsesvirkninger over for konkurrenterne på markedet for radioreklameindtægter på nationalt plan.
- 21 Efter den forelæggende rets opfattelse er fortolkningen anlagt af AGCOM og den regionale forvaltningsdomstol ikke ulogisk, eftersom den er snævert støttet på det i TUSMAR fastsatte til gennemførelse af direktiv 2010/13 og tager hensyn til de konkurrencebegrænsende virkninger, som kan følge af appellants hypotese vedrørende radiostationer, der ikke er integreret i tv-spredningsforetagender eller audiovisuelle medier.
- 22 Under hensyn til det ovenfor anførte finder den forelæggende ret det nødvendigt at forelægge Domstolen en præjudiciel anmodning.