



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 30. marts 2017¹

Sag C-112/16

**Persidera SpA
mod**

**Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni og
Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – elektroniske kommunikationsnet og -tjenester – direktiv 2002/20/EF, 2002/21/EF og 2002/77/EF – overgang fra analogt tv til digitalt tv – beregning af antallet af digitale frekvenser, som skal tildeles hver indehaver af analoge frekvenser – hensyntagen til hidtil ulovligt benyttede analoge frekvenser – omlægningsforhold – omregningsfaktor – ligebehandling, ikke-diskriminering og proportionalitet«

I. Indledning

1. I dag kan det slet ikke fremhæves nok, hvilken fundamental betydning mediernes mangfoldighed og integritet har i et frit og demokratisk samfund. Specielt de elektroniske kommunikationsnet og -tjenester benyttes i dag af næsten alle i hverdagen, og det er ikke længere muligt at forestille sig at undvære dem som forudsætning for et moderne demokrati, men også for befolkningens uddannelse og for kulturlivet i Europa. Samtidig viser det sig igen og igen, hvor skrøbelige og sårbare over for problemer de mekanismer er, som sådanne net og tjenester er baseret på.

2. I Italien har der i de seneste årtier flere gange været heftige debatter om pluralismen inden for tv. Det er derfor ikke overraskende, at også overgangen fra analogt til digitalt tv i Italien har ført til tvister om den rette tildeling af de nye digitale tv-frekvenser.

3. I den foreliggende sag drejer det sig specielt om tildelingen af de digitale frekvenser, som fra statens side udtrykkeligt var reserveret til videreførelsen af de eksisterende analoge tv-programmer. Persidera (tidligere Telecom Italia Media Broadcasting – TIMB)², en af de italienske netoperatører, føler sig dårligere stillet i forhold til konkurrenterne i forbindelse med omlægningen af de analoge frekvenser til digitale – navnlig i forhold til de førende aktører på markedet, Rai og Mediaset.

¹ – Originalsprog: tysk.

² – Før den endelige overgang til digitalt tv drev Persidera – henholdsvis TIMB som dennes forgænger – i Italien to analoge tv-stationer («La 7» og «MTV») og to digitale («TIMB1» og «MBONE»).

4. Domstolen skal i den foreliggende sag afklare, hvilke krav EU-retten stiller til en retfærdig tildeling af frekvenserne. I denne forbindelse skal der tages hensyn til, at Den Italienske Republik med den nu omtvistede metode til fordeling af frekvenserne ikke mindst skulle tage hensyn til Europa-Kommissionens betænkeligheder i en verserende traktatbrudssag³ og en præjudiciel afgørelse fra Domstolen⁴.

5. Grundlaget for bedømmelsen af denne problematik er de »nye fælles rammebestemmelser«, som trådte i kraft i 2002 og består af flere EU-retlige direktiver, samt de generelle EU-retlige principper.

6. Den foreliggende sag C-112/16 er tæt knyttet til den præjudicielle sag C-560/15, i hvilken jeg ligeledes fremlægger mit forslag til afgørelse i dag. De retlige spørgsmål i den pågældende sag vedrører ganske vist primært de samme EU-retlige bestemmelser og principper, men de vedrører ikke den i denne sag omtvistede omlægning af gamle analoge frekvenser til nye digitale og giver også i øvrigt anledning helt andre retlige problemer.

II. Retsforskrifter

7. Den EU-retlige ramme for denne sag bestemmes af tre direktiver fra 2002 om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, som alle hører til de nye fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester: rammedirektivet (direktiv 2002/21/EF)⁵, tilladelsesdirektivet (direktiv 2002/20/EF)⁶ og konkurrencedirektivet (direktiv 2002/77/EF)⁷. De to førstnævnte direktiver gælder i den affattelse, de fik ved direktiv 2009/140/EF⁸.

A. Rammedirektivet (direktiv 2002/21)

8. Indledningsvis henvises til 6. og 19. betragtning til direktiv 2002/21, som er affattet således (uddrag):

»6 Audiovisuel politik og indholdsregulering er midler til opfyldelsen af mål af almen interesse, som f.eks. ytringsfrihed, mediepluralisme, upartiskhed, kulturel og sproglig mangfoldighed, social inddragelse, forbrugerbeskyttelse og beskyttelse af mindreårige. [...]

[...]

19 Radiofrekvenser er en altafgørende ressource for radiobaserede elektroniske kommunikationstjenester, og i det omfang de anvendes til sådanne tjenester, bør de derfor allokeres og tildeles af de nationale tilsynsmyndigheder under iagttagelse af en række harmoniserede mål og principper samt efter objektive, transparente og ikke-diskriminerende kriterier, altsammen under hensyntagen til demokratiske, sociale, sproglige og kulturelle interesser i forbindelse med frekvensanvendelsen. [...]

3 – Traktatbrudssag nr. 2005/5086 (jf. herom Kommissionens pressemeddelelser IP/06/1019 af 19.7.2006 og IP/07/1114 af 18.7.2007). Denne sag, hvori Kommissionen i juli 2007 vedtog en begrundet udtalelse som omhandlet i artikel 258, stk. 1, TEUF (tidligere artikel 226, stk. 1, TEU), er endnu ikke afsluttet.

4 – Dom af 31.1.2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59).

5 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 33).

6 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7.3.2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 21).

7 – Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16.9.2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (konkurrencedirektivet) (EFT 2002, L 249, s. 21).

8 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25.11.2009 om ændring af direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, direktiv 2002/19/EF om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og direktiv 2002/20/EF om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EUT 2009, L 337, s. 37, og berigtiget i EUT 2013, L 241, s. 8).

9. Under overskriften »Politiske mål og tilsynsprincipper« reguleres derefter bl.a. følgende i artikel 8, stk. 1 og 2, i direktiv 2002/21:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af de i dette direktiv og særdirektiverne omhandlede tilsynsopgaver træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på opfyldelse af målene i stk. 2, 3 og 4. Foranstaltningerne skal stå i et rimeligt forhold til disse mål.

[...]

2. De nationale tilsynsmyndigheder fremmer konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester ved bl.a. at:

[...]

b)

sikre, at der i sektoren for elektronisk kommunikation hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning, herunder hvad angår transmission af indhold

[...]

d) tilskynde til en effektiv udnyttelse og sikre en effektiv forvaltning af radiofrekvenser og nummerressourcer.«

10. Desuden indeholder artikel 9 i direktiv 2002/21 følgende bestemmelser om »forvaltning af radiofrekvenser til elektroniske kommunikationstjenester«:

»1. Under behørig hensyntagen til det forhold, at radiofrekvenser er et offentligt gode, som har en vigtig social, kulturel og økonomisk værdi, sikrer medlemsstaterne, at radiofrekvenserne til elektroniske kommunikationstjenester forvaltes effektivt på deres område i overensstemmelse med artikel 8 og 8a. De sikrer, at de kompetente nationale myndigheders allokering af radiofrekvenser til brug for elektroniske kommunikationstjenester og udstedelse af generelle tilladelser eller individuelle rettigheder til at anvende sådanne radiofrekvenser bygger på objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige kriterier.

Når medlemsstaterne anvender denne artikel, overholder de relevante internationale aftaler, herunder ITU's radioreglement, og kan tage hensyn til almene interesser.

[...]

4. [...]Foranstaltninger, der kræver, at en elektronisk kommunikationstjeneste udbydes i et bestemt frekvensbånd afsat til elektroniske kommunikationstjenester, skal være begrundet i hensynet til at sikre, at en almennyttig målsætning opfyldes som fastlagt af medlemsstaterne i overensstemmelse med fællesskabsretten; det kan bl.a. dreje sig om følgende:

a) menneskers sikkerhed

b) fremme af social, regional eller territorial samhørighed

c) forebyggelse af ineffektiv udnyttelse af radiofrekvenser eller

d) fremme af kulturel og sproglig mangfoldighed og mediepluralisme, f.eks. ved at udbyde radio- og tv-tjenester.

[...]

7. Med forbehold af bestemmelserne i særdirektiverne og under hensyn til de relevante nationale forhold kan medlemsstaterne fastsætte bestemmelser for at forhindre hamstring af frekvenser, navnlig ved at fastsætte faste frister for rettighedshaverens effektive udnyttelse af brugsrettighederne og ved at anvende sanktioner, herunder finansielle sanktioner eller tilbagetrækning af brugsrettigheder i tilfælde af manglende overholdelse af fristerne. Disse bestemmelser skal indføres og anvendes på en forholdsmæssig, ikke-diskriminerende og transparent måde.«

B. Tilladelsesdirektivet (direktiv 2002/20)

11. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2002/20 indeholder følgende bestemmelse om »Generelle tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester«:

»Medlemsstaterne sikrer fri adgang til at udbyde elektroniske kommunikationsnet og -tjenester på de i dette direktiv omhandlede vilkår. I den forbindelse må medlemsstaterne ikke hindre en virksomhed i at udbyde elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester, medmindre dette er nødvendigt under hensyn til traktatens artikel 46, stk. 1.«

12. I artikel 5 i direktiv 2002/20 findes bl.a. disse bestemmelser om »brugsret til radiofrekvenser og numre«:

»1. Medlemsstaterne skal lette brugen af radiofrekvenser inden for rammerne af generelle tilladelser. Medlemsstaterne kan om nødvendigt tildele individuelle rettigheder for at:

[...]

— opfylde andre almennyttige målsætninger, som medlemsstaterne definerer i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen.

2. Hvor det er nødvendigt at tildele individuelle brugsrettigheder til radiofrekvenser og numre, tildeler medlemsstaterne efter anmodning sådanne rettigheder til enhver virksomhed med henblik på udbud af net eller tjenester i henhold til den generelle tilladelse, der er omhandlet i artikel 3, med forbehold af artikel 6 og 7 og artikel 11, stk. 1, litra c), i dette direktiv, og andre regler til sikring af en effektiv anvendelse af disse ressourcer i overensstemmelse med direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet).

Med forbehold af særlige kriterier og procedurer, som medlemsstaterne fastsætter for tildeling af brugsret til radiofrekvenser til udbydere af radio- eller tv-indholdstjenester med henblik på at forfølge almennyttige målsætninger under overholdelse af fællesskabsretten, tildeles brugsrettighederne til radiofrekvenser og numre gennem åbne, objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssigt afpassede procedurer, og, for så vidt angår radiofrekvenser, i overensstemmelse med artikel 9 i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet). Der kan gøres undtagelse fra kravet om åbne procedurer, hvor det er nødvendigt, at en udbyder af radio- eller tv-indholdstjenester tildeles individuelle brugsrettigheder til radiofrekvenser, for at udbyderen kan opfylde en almennyttig målsætning, som medlemsstaterne har fastlagt i overensstemmelse med fællesskabsretten.

[...]

5. Medlemsstaterne må ikke begrænse det antal brugsrettigheder, der skal tildeles, undtagen hvor dette er nødvendigt for at sikre en effektiv anvendelse af radiofrekvenser, jf. artikel 7.

6. De kompetente nationale myndigheder sikrer, at radiofrekvenserne udnyttes effektivt og virkningsfuldt i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, og artikel 9, stk. 2, i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet). De sikrer, at konkurrencen ikke forvrides af overdragelse eller akkumulering af brugsrettigheder til radiofrekvenser. [...]«

13. Om »procedure for begrænsning af det antal brugsrettigheder til radiofrekvenser, der vil blive tildelt«, fastsættes desuden i artikel 7 i direktiv 2002/20:

»1. Hvis en medlemsstat overvejer, om den skal begrænse det antal brugsrettigheder til radiofrekvenser, der skal tildeles, eller om gyldigheden af eksisterende rettigheder skal forlænges på andre vilkår end dem, der er knyttet til rettighederne, skal den bl.a.:

a) tage fornødent hensyn til, at brugere sikres de størst mulige fordele, og at konkurrencen fremmes

[...]

3. Hvis det er nødvendigt at begrænse tildelingen af brugsrettigheder til radiofrekvenser, tildeler medlemsstaterne sådanne rettigheder på grundlag af udvælgelseskriterier, som skal være objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssigt afpassede. Alle udvælgelseskriterier af denne art skal i fornødent omfang tilgodese opfyldelsen af målene i artikel 8 i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet) og af kravene i samme direktivs artikel 9.

[...]«

C. Konkurrencedirektivet (direktiv 2002/77)

14. Artikel 2 i direktiv 2002/77 har overskriften »Eksklusive og særlige rettigheder til elektroniske kommunikationsnet og elektroniske kommunikationstjenester« og indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»[...]

2. Medlemsstaterne træffer alle de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at enhver virksomhed får ret til at udbyde elektroniske kommunikationstjenester eller at etablere, udvide og udbyde elektroniske kommunikationsnet.

[...]

4. Medlemsstaterne sikrer, at en generel tilladelse til en virksomhed til at udbyde elektroniske kommunikationstjenester eller til at etablere og/eller udbyde elektroniske kommunikationsnet samt vilkårene herfor baseres på objektive, ikke-diskriminerende, forholdsmæssige og gennemsigtige kriterier.

[...]«

15. Endelig indeholder artikel 4 i direktiv 2002/77 denne bestemmelse om »Rettigheder til brug af frekvenser«:

»Uden at dette berører specifikke kriterier og procedurer, som medlemsstaterne har indført for at tildele udbydere af radio- eller tv-indholdstjenester brugsret til radiofrekvenser med henblik på at opfylde målsætninger af almen interesse i overensstemmelse med fællesskabsretten

[...]

2. skal tildelingen af radiofrekvenser til elektroniske kommunikationstjenester ske på grundlag af objektive, gennemsigtige, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige kriterier.«

III. De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

16. Overgangen fra analogt til digitalt tv i Italien krævede en procedure for tildelingen af de nye digitale sendefrekvenser, som er stærkere end de analoge⁹. Til dette formål vedtog Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁰ (AGCOM) den 7. april 2009 beslutning nr. 181/09/CONS¹¹, hvori myndigheden fastsatte kriterierne for den fuldstændige digitalisering af de jordbaserede net og samtidig fastlagde en mekanisme for tildelingen af frekvenserne til dette formål. Denne beslutning blev vedtaget på baggrund af en verserende traktatbrudssag¹², hvormed Europa-Kommissionen gjorde gældende, at Italien ved tildelingen af sine digitale frekvenser ikke måtte foretrække udbyderne af analoge tv-stationer, som allerede var aktive på markedet.

17. Det var nu planen at fordele digitale frekvenser i form af 21 såkaldte multiplexer til landsdækkende jordbaseret transmission¹³. En multiplex gør det muligt at samle forskellige audio-, video- og datasignaler til en samlet datastrøm, hvorved udnyttelsen af de tilgængelige frekvenser og ledninger optimeres.

18. For at sikre en retfærdig fordeling af disse digitale multiplexer, hvor der ikke kun blev taget hensyn til de hidtidige operatører af analoge tv-stationer, men også til dem, som allerede tidligere havde investeret i etableringen af digitale net, samt desuden til dem, der ønskede at komme ind på dette marked som nye aktører, blev de 21 enheder opdelt i tre grupper, som skulle tildeles efter forskellige kriterier. Desuden blev det fastsat som loft, at ingen netoperatør alene måtte råde over mere end fem multiplexer i alt. Et sådant loft på fem multiplexer havde Kommissionen også krævet i traktatbrudssagen.

19. Konkret skulle tildelingen af de nævnte 21 multiplexer foretages som følger:

- I en *første gruppe* var otte multiplexer forbeholdt ændringen af eksisterende analoge tv-net til digitale tv-net. Dette skulle ske på grundlag af en retfærdig tildeling, hvor der skulle tages hensyn til kontinuiteten i tv-udbuddet. Enhver hidtidig udbyder af analogt tv skulle således have tildelt mindst en multiplex, idet udbydere med flere analoge stationer dog hver skulle have en multiplex mindre end antallet af deres analoge stationer. På denne måde fik bl.a. Rai og Mediaset, som hidtil hver havde drevet tre analoge tv-stationer, hver to multiplexer, hvorimod TIMB, som hidtil havde to analoge tv-stationer i sortimentet, fik en multiplex. Rete A og yderligere to netoperatører fik ligeledes hver en multiplex.
- I en *anden gruppe* skulle otte multiplexer tildeles de netoperatører, som havde investeret i etableringen af digitale net. Derved fik Rai, Mediaset og TIMB hver yderligere to multiplexer, mens Rete A og en anden netoperatør fik hver en multiplex.

9 – En af de store fordele ved digitalt tv er, at der – til forskel fra analogt tv – kan overføres flere programmer i et og samme frekvensområde.

10 – Den italienske kommunikationstilsynsmyndighed.

11 – Denne beslutning fik lovkraft ved lovdekret (Decreto-legge) nr. 59/2008, sammenholdt med lov nr. 101/2008.

12 – Jf. fodnote 3 ovenfor.

13 – Nogle procesdeltagere har omtalt i alt 22 multiplexer. Denne uoverensstemmelse har imidlertid ikke betydning for den foreliggende præjudicielle anmodning.

— I en *tredje gruppe* skulle endelig de resterende fem multiplexer, som også betegnes som »digitaliseringsdividenden«¹⁴, som ekstra, nye frekvenser fordeles efter objektive, transparente, forholdsmæssige og ikke-diskriminerende kriterier.

20. På dette grundlag foretog det italienske ministerium for økonomisk udvikling¹⁵ tildelingen af de digitale multiplexer.

21. I den foreliggende sag vedrører tvisten i hovedsagen kun en del af disse multiplexer, nemlig dem i den første gruppe. Da TIMB som følge af metoden til omlægning af de analoge frekvenser til digitale¹⁶ følte sig dårligere stillet i forhold til de større konkurrenter, anlagde virksomheden sag ved Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio¹⁷ (TAR) med det formål at opnå en ekstra multiplex fra den nævnte første gruppe samt erstatning.

22. For TAR argumenterede TIMB bl.a. med, at der i virksomhedens tilfælde ved omlægningen af de hidtidige analoge frekvenser til nye digitale frekvenser var opstået et mindre gunstigt omlægningsforhold end for Rai og Mediaset: TIMB havde nemlig fået en multiplex for to analoge frekvenser, hvilket giver et omlægningsforhold på 50%, mens Rai og Mediaset for hver tre analoge tv-stationer havde fået tildelt hver to multiplexer, hvilket giver et mere fordelagtigt omlægningsforhold på 66,67%. Desuden kritiserede TIMB, at ændringen til digitale frekvenser i Rais og Mediasets tilfælde blev foretaget under hensyntagen til analoge tv-stationer, som hidtil var blevet drevet af de to sidstnævnte netoperatører under tilsidesættelse af de lovbestemte koncentrationstærskler og dermed ulovligt.

23. Da TIMB ikke fik medhold i første instans¹⁸, iværksatte virksomheden appel for appelinstanten Consiglio di Stato¹⁹, som er den forelæggende ret. Under denne appelsag for Consiglio di Stato er TIMB blevet sammenlagt med Rete A, som på sin side allerede var indehaver af to multiplexer. Den nye virksomhed efter sammenlægningen ved navn Persidera har siden rådet over i alt fem multiplexer, hvilket i Italien som allerede nævnt svarer til lovens maksimumsgrænse for en enkelt netoperatør.

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

24. Ved kendelse af 2. juli 2015, modtaget den 24. februar 2016, har Consiglio di Stato udsat sagen og i henhold til artikel 267 TEUF forelagt Den Europæiske Unions Domstol følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Er EU-retten, og navnlig artikel 56 TEUF, 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF, artikel 9 i direktiv 2002/21/EF [...], artikel 3, 5 og 7 i direktiv 2002/20/EF [...], artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77/EF [...], princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet, effektivitetsprincippet og princippet om alsidig information, til hinder for en national bestemmelse, som med henblik på fastlæggelse af antallet af digitale net, som skulle tildeles operatører i forbindelse med omlægning af de analoge net, i lige så høj grad tog højde for dels de analoge net, som blev drevet fuldt lovligt, dels de analoge net, som tidligere blev drevet i strid med de antitrust-grænser, som er fastlagt i de nationale bestemmelser, som allerede har været genstand for kritik fra Domstolen eller Kommissionen, eller under alle omstændigheder blev drevet uden koncession?

14 – Om begrebet digitaliseringsdividende henvises til 26. betragtning til direktiv 2009/140. Jf. desuden punkt 1 i Kommissionens meddelelse af 13.11.2007 »At drage fuld nytte af digitaliseringsdividenden i Europa: en fælles strategi for anvendelsen af det frekvensområde, der frigives ved overgangen til digitalt tv«, KOM(2007)700 endelig udg.

15 – Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

16 – Jf. ovenfor, første led i punkt 19 i dette forslag til afgørelse.

17 – Forvaltningsdomstolen for regionen Lazio.

18 – Jf. herom dom nr. 1398/2014 afsagt af Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

19 – Øverste domstol i forvaltningsretlige sager.

- 2) Er EU-retten, og navnlig artikel 56 TEUF, 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF, artikel 9 i direktiv 2002/21/EF [...], artikel 3, 5 og 7 i direktiv 2002/20/EF [...], artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77/EF [...], princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet, effektivitetsprincippet og princippet om alsidig information, til hinder for en national bestemmelse, som med henblik på fastlæggelse af antallet af digitale net, som skulle tildeles operatører i forbindelse med omlægning af de analoge net, i lige så høj grad tog højde for alle de analoge net, som indtil det pågældende tidspunkt blev drevet – selv om dette skete i strid med de antitrust-grænser, som er fastlagt i de omhandlede nationale bestemmelser, som allerede har været genstand for kritik fra Domstolen eller Kommissionen, eller under alle omstændigheder blev drevet uden koncession – og som i praksis har medført, at en operatør med flere net er blevet tildelt færre digitale net i forhold til det antal, som vedkommende drev på markedet for analog spredning, og at den pågældende reduktion er forholdsmæssigt større end den reduktion, som har omfattet konkurrenterne?»

25. I proceduren for Domstolen har Persidera, Rai og Reti televisive italiane (RTI)²⁰, Italiens og Sloveniens regeringer samt Europa-Kommissionen afgivet skriftlige indlæg. De samme procesdeltagere med undtagelse af Slovenien var også repræsenteret i retsmødet den 2. februar 2017, som blev afholdt umiddelbart efter retsmødet i sag C-560/15.

V. Bedømmelse

A. Formaliteten med hensyn til den præjudicielle anmodning

26. I henhold til artikel 94 i Domstolens procesreglement²¹ skal forelæggelsesafgørelsen, foruden det præjudicielle spørgsmål, tillige indeholde nødvendige oplysninger om den faktiske og retlige baggrund for tvisten i hovedsagen. Den forelæggende ret skal endvidere redegøre for sammenhængen mellem de EU-retlige bestemmelser, der skal fortolkes, og tvisten i hovedsagen samt give en fremstilling af grundene til, at den finder, at der er tvivl om fortolkningen eller gyldigheden af de pågældende bestemmelser. Ifølge retspraksis har oplysningerne om den faktiske og retlige baggrund en særlig betydning i konkurrenceretlige sager²².

1. De primærretlige bestemmelser er ikke relevante for afgørelsen

27. Som RTI og den italienske regering med rette har fremhævet, indeholder den præjudicielle anmodning i den foreliggende sag ingen oplysninger om, hvorvidt de primærretlige bestemmelser i artikel 56 TEUF, 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF anses for relevante for løsningen af tvisten i hovedsagen.

20 – RTI er en del af Mediaset-koncernen.

21 – Nødvendigheden af at overholde procesreglementets artikel 94 har Domstolen f.eks. fremhævet i kendelse af 12.5.2016, Security Service m.fl. (C-692/15 – C-694/15, EU:C:2016:344, præmis 18) Allerede tidligere blev der i fast retspraksis formuleret tilsvarende formkrav for præjudicielle anmodninger; jf. blandt mange andre domme, dom af 24.4.2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, præmis 42), og af 21.12.2016, Vervloet m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, præmis 56 og 57).

22 – I denne retning kendelse af 8.10.2002, Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, præmis 21 og 22), samt dom af 26.1.1993, Telemarsicabruzzo m.fl. (C-320/90 – C-322/90, EU:C:1993:26, præmis 7), af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 58), af 21.11.2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, præmis 20), og af 13.2.2014, Airport Shuttle Express m.fl. (C-162/12 og C-163/12, EU:C:2014:74, præmis 38).

28. Specielt hvad angår artikel 56 TEUF skal det bemærkes, at intet element i tvisten i hovedsagen peger ud over en enkelt medlemsstats grænser, og at den forelæggende ret i dette tilfælde – til forskel fra, hvad der i sin tid var tilfældet i sagen *Centro Europa 7* – ikke ønsker at henvise til den italienske forfatnings forbud mod diskriminering af italienske statsborgere²³. Dermed fremgår det ikke, om Domstolen med den ønskede fortolkning af artikel 56 TEUF kan bidrage til at løse tvisten i hovedsagen.

29. For så vidt angår de konkurrenceretlige bestemmelser i artikel 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF er det tilstrækkeligt at påpege, at disse omhandler virksomheders adfærd, hvorimod der i den foreliggende sag er tale om statslige instansers adfærd i forbindelse med fordelingen af tv-frekvenser. Ganske vist pålægger artikel 102, stk. 1, TEUF, sammenholdt med artikel 106, stk. 1, TEUF, medlemsstaterne pligt til ikke at skabe en situation, som gør det lettere for bestemte virksomheder – i den foreliggende sag Rai og Mediaset – at misbruge deres formodede kollektive markedsdominerende position²⁴. Det ville imidlertid føre for vidt alene på grund af de nationale italienske instansers muligvis fejlagtige fremgangsmåde ved fordelingen af de digitale tv-frekvenser at lægge til grund, at Rai og Mediaset sandsynligvis eller helt uundgåeligt havde tilsidesat konkurrencebestemmelserne.

30. Såfremt den forelæggende ret kun ønsker at tematisere *konkurrencetanken* generelt, kan Domstolen komme tilstrækkeligt ind på dette i forbindelse med sine udtalelser om de tre direktiver 2002/20, 2002/21 og 2002/77. Dette kræver ikke en særskilt fortolkning af artikel 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF.

31. Følgelig kan de præjudicielle spørgsmål ikke antages til realitetsbehandling, for så vidt som de sigter mod en fortolkning af artikel 56 TEUF, 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF.

2. De præjudicielle spørgsmåls betydning for afgørelsen for så vidt angår Persidera

32. Den italienske regering er desuden af den opfattelse, at den præjudicielle afgørelse ikke er relevant for afgørelsen, idet Persidera i mellemtiden alligevel har opnået det maksimalt opnåelige antal på fem multiplexer med sendefrekvenser for digitalt tv.

33. Det er korrekt, at en anmodning om præjudiciel afgørelse ikke skal antages til realitetsbehandling, hvis det er fastslået, at hovedsagen er løst²⁵. I den foreliggende sag er der dog ikke tilstrækkelige indikationer for en sådan løsning, og de er slet ikke åbenbare. Tværtimod fremgår det af sagens akter, at Persidera i sit søgsmål for de nationale forvaltningsdomstole ikke kun har nedlagt påstand om tildeling af en yderligere digital multiplex, men også om erstatning. Da det ikke kan udelukkes, at virksomheden kan tilkendes erstatning for en tidligere ulovlig adfærd fra de italienske instansers side, opretholdes formodningen for, at de præjudicielle spørgsmål har betydning for afgørelsen²⁶.

34. På denne baggrund må den italienske regerings indsigelse mod behandlingen afvises.

23 – Dom af 31.1.2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 64-71, navnlig præmis 69).

24 – I denne retning dom af 18.6.1991, *ERT* (C-260/89, EU:C:1991:254, præmis 37), af 31.1.2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 60), og af 1.7.2008, *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 50); jf. også mit forslag til afgørelse *Taricco m.fl.* (C-105/14, EU:C:2015:293, punkt 60).

25 – Dom af 20.1.2005, *García Blanco* (C-225/02, EU:C:2005:34), og af 24.10.2013, *Stoilov i Ko* (C-180/12, EU:C:2013:693), samt kendelse af 14.10.2010, *Reinke* (C-336/08, EU:C:2010:604).

26 – Dom af 7.9.1999, *Beck og Bergdorf* (C-355/97, EU:C:1999:391, præmis 22), af 16.6.2015, *Gauweiler m.fl.* (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 25), af 6.9.2016, *Petruhhin* (C-182/15, EU:C:2016:630, præmis 20), og af 21.12.2016, *Vervloet m.fl.* (C-76/15, EU:C:2016:975, præmis 57).

3. Tilstrækkelige oplysninger om to tv-stationers angivelige ulovlighed

35. Endelig skal det diskuteres, om den præjudicielle anmodning muligvis skal afvises med den begrundelse, at den indeholder for få oplysninger om driften af to af konkurrenternes tv-stationer, som Persidera hævder er ulovlig. Denne ulovlighed er den præmis, som hele den præjudicielle anmodning hviler på: Både første og andet spørgsmål knytter udtrykkeligt an til dette.

36. Det er rigtigt, at Consiglio di Stato's forelæggelseskendelse på dette punkt ikke just er et mønstereksempel på klarhed og præcision. Man kunne have ønsket, at det i forelæggelsesafgørelsen var oplyst mere konkret og struktureret, hvori den angivelige ulovlighed præcis består, og hvilke konsekvenser den har. Forelæggelsesafgørelsen indeholder imidlertid kun meget sparsomme faktiske og retlige oplysninger om dette.

37. Alligevel er det min opfattelse, at den præjudicielle anmodning – trods sine ubestridelige mangler – tilstrækkeligt klart udtrykker, hvilken form for ulovlighed der menes. Det drejer sig, som det fremgår af ordlyden i de to præjudicielle spørgsmål, om en angivelig drift »i strid med de antitrust-grænser, som er fastlagt i de nationale bestemmelser«, og om, at de nævnte tv-stationer »blev drevet uden koncession«.

38. Som det i øvrigt fremgår af sagens akter, er de to tv-stationer, som formodes at være drevet ulovligt, dels det statslige tv-selskab Rais kanal »RAI 3«, og dels den private Mediaset-koncerns kanal »Rete 4«. I det væsentlige er Persideras argument, at den omstændighed, at der ved overgangen fra analogt til digitalt tv blev taget hensyn til disse to kanaler, førte til en uberettiget begunstiggelse af Rai og Mediaset i forhold til deres mindre konkurrenter. Rai og Mediaset fik på denne måde flere digitale frekvenser i form af multiplexer, end de egentlig var berettiget til.

39. Dermed har Domstolen på dette punkt tilstrækkelige oplysninger til en hensigtsmæssig besvarelse af de præjudicielle spørgsmål. Dette fremgår ikke mindst også af de udtalelser, som de mange procesdeltagere har afgivet i den foreliggende sag for Domstolen²⁷.

40. Følgelig kan den præjudicielle anmodning antages til realitetsbehandling for så vidt angår to tv-stationers angivelige ulovlighed.

41. Dette ændres ikke af den omstændighed, at flere procesdeltagere – nemlig Rai, RTI og den italienske regering – udtrykkeligt har anført, at der i virkeligheden ikke foreligger ulovlighed for så vidt angår »RAI 3« og »Rete 4«. Ifølge fast retspraksis²⁸ påhviler det nemlig Domstolen at tage hensyn til de faktiske omstændigheder og de retsregler, som ifølge forelæggelsesafgørelsen er baggrunden for de præjudicielle spørgsmål, og hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve²⁹, selv om disse drages i tvivl af visse procesdeltagere – i den foreliggende sag Rai, RTI og Italien.

4. Foreløbigt resultat

42. Alt i alt skal den præjudicielle anmodning således kun afvises, for så vidt som den refererer til artikel 56 TEUF, 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF. I øvrigt kan den derimod antages til realitetsbehandling.

27 – Jf. i samme retning, blandt mange domme, dom af 18.10.2011, Boxus m.fl. (C-128/09 – C-131/09, C-134/09 og C-135/09, EU:C:2011:667, præmis 27).

28 – Jf., blandt mange domme, dom af 25.1.2011, Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, præmis 41), og af 6.10.2015, Târşia (C-69/14, EU:C:2015:662, præmis 13).

29 – Fast retspraksis, jf. f.eks. dom af 13.10.2016, Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, præmis 16), og af 31.1.2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, præmis 56).

B. Indholdsmæssig bedømmelse af de præjudicielle spørgsmål

43. Såvel de faktiske omstændigheder i hovedsagen som den relevante lovgivning er kendetegnet ved en stor kompleksitet. Desværre kunne hverken den forelæggende rets eller procesdeltagernes forklaringer kaste lys i mørket. De bidrog snarere til at komplicere sagen unødigt og bortlede opmærksomheden fra det væsentlige.

44. Den foreliggende sag skal som allerede nævnt ses på baggrund af overgangen fra analogt til digitalt tv i Italien og belyser i retlig henseende et udsnit af denne overgang. Den vedrører udelukkende beregningen af det antal digitale sendefrekvenser, som skulle tildeles de netoperatører, der i forvejen var aktive på det analoge tv-marked. I hvilket omfang måtte der ved beregningen af disse tilgængelige digitale frekvenser tages hensyn til antallet af analoge tv-programmer, som hidtil blev udsendt af de respektive virksomheder? Måtte formodet ulovligt drevne analoge tv-kanaler indgå i beregningen (første spørgsmål), og måtte denne beregning i aritmetisk henseende føre til forskellige omlægningsforhold for de enkelte netoperatører (andet spørgsmål)?

45. Det er min opfattelse, at Consiglio di Stato's to spørgsmål er så tæt forbundet med hinanden, at det er oplagt at behandle dem samlet.

1. De relevante EU-retlige bestemmelser og retsprincipper

46. Grundlaget for besvarelsen af de to spørgsmål findes primært i diverse afledte bestemmelser i de nye fælles rammebestemmelser, især artikel 8 og 9 i direktiv 2002/21, artikel 3, 5 og 7 i direktiv 2002/20 samt artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77. Alle disse bestemmelser udtrykker, at medlemsstaterne har en vis frihed i forbindelse med frekvenstildelingen, som de dog skal udøve under overholdelse af de almindelige EU-retlige principper om ikke-diskriminering, gennemsigtighed og proportionalitet, idet de også skal sørge for en effektiv administration og udnyttelse af frekvenserne samt tage behørigt hensyn til mediernes pluralisme.

47. De nævnte bestemmelser og retsprincipper skal ikke kun overholdes, når frekvenserne tildeles første gang, men også ved enhver efterfølgende frekvenstildeling – altså f.eks. ved den her omhandlede overgang fra analoge til digitale frekvenser³⁰. For det første finder de nye fælles rammebestemmelser nemlig anvendelse på alle procedurer, som fører til tildeling af frekvenser³¹. I modsat fald ville det ikke være muligt at nå det i EU-retten fastsatte mål om varigt at skabe en tilstand, som opfylder kravene i de nye fælles rammebestemmelser. For det andet førte specielt overgangen til den nye digitale tv-teknologi i virkeligheden til en førstegangstildeling af denne nye type sendefrekvenser.

48. I den foreliggende sag var det klart og logisk, efter hvilken metode omlægningen af de hidtil benyttede analoge tv-frekvenser til digitale blev foretaget i Italien. Problemet er derfor ikke så meget en eventuelt manglende gennemsigtighed i omlægningsproceduren. Derimod føler Persidera sig *dårligere stillet* i forhold til sine større konkurrenter – især Rai og Mediaset – på grund af den *omlægningsmetode*, som de nationale instanser i Italien valgte. Tvisten drejer sig altså i sidste ende om ligebehandlingsprincippet, henholdsvis princippet om ikke-diskriminering³², og ved anvendelsen af dette spiller de andre principper, som de nye fælles rammebestemmelser er støttet på, samt proportionalitetsovervejelser naturligt også en vægtig rolle.

30 – Tilsvarende dom af 21.3.2013, Belgacom m.fl. (C-375/11, EU:C:2013:185, præmis 37-39), om anvendelsen af direktiv 2002/20 på forlængelse af allerede tildelte brugsrettigheder til radiofrekvenser.

31 – Dette antydes f.eks. i artikel 7, stk. 2, i direktiv 2002/20, hvor der tales om »yderligere« brugsrettigheder til radiofrekvenser.

32 – Om disse begreber, jf. f.eks. dom af 12.9.2006, Eman og Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, præmis 57). I det følgende vil jeg for forenklingens skyld gennemgående tale om ligebehandlingsprincippet.

49. Lige som samtlige EU-rettens generelle retsprincipper skal medlemsstaterne overholde såvel ligebehandlingsprincippet som proportionalitetsprincippet ved gennemførelsen af EU-retten³³. Medlemsstaterne må ikke støtte sig på en fortolkning af de relevante direktiver, som kommer i konflikt med generelle EU-retlige principper³⁴. De nye fælles rammebestemmelser minder i øvrigt selv, på den afledte rets niveau, om denne primærretlige pligt og konkretiserer den navnlig i artikel 8, stk. 1, i artikel 9, stk. 1, andet punktum, og i 19. betragtning til direktiv 2002/21, desuden i artikel 5, stk. 2, andet afsnit, og i artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/20, samt endelig i artikel 2, stk. 4, og i artikel 4, nr. 2), i direktiv 2002/77³⁵.

2. Ligebehandlingsprincippet

50. Det EU-retlige princip om ligebehandling, som nu også er forankret i artikel 20 og 21 i chartret om grundlæggende rettigheder, kræver ifølge fast retspraksis, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet³⁶.

a) Forskelsbehandling

51. De faktiske omstændigheders ensartethed skal bl.a. bedømmes i lyset af den pågældende foranstaltningens indhold og formål. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som den pågældende retsakt henhører under, og de formål, der forfølges på det pågældende område³⁷.

52. I den foreliggende sag skal der således foretages en undersøgelse af situationen for Rai, Mediaset og Persidera med hensyn til tildelingen af de otte multiplexer, som skulle fordeles i den første gruppe af digitale tv-frekvenser³⁸. Som allerede nævnte havde disse frekvenser til formål at sikre kontinuiteten i tv-udbudet, og de skulle udelukkende tildeles netoperatører, som i forvejen havde analoge tv-stationer i deres sortiment.

53. Specielt hvad angår tildelingen af disse otte multiplexer og de dermed tilsigtede mål befandt Rai, Mediaset og Persidera sig, så vidt det fremgår, i en absolut sammenlignelig situation: Alle tre virksomheder drev nemlig i forvejen analoge tv-stationer i Italien. Således var hver af disse virksomheder i henhold til den frekvenstillægningsplan, som var udarbejdet for Italien, berettiget til otte multiplexer fra den første gruppe, som skulle gøre det muligt for dem at videreføre deres respektive tv-programmer.

33 – Jf. grundlæggende om overholdelsen af de generelle EU-retlige principper dom af 10.3.2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, præmis 45, andet punktum), og af 26.4.2005, »Goed Wonen« (C-376/02, EU:C:2005:251, præmis 32). Specielt om ligebehandlingsprincippet dom af 11.7.2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, præmis 56, første og andet punktum), samt om proportionalitetsprincippet dom af 10.3.2005, Tempelman og van Schaijk (C-96/03 og C-97/03, EU:C:2005:145, præmis 46), og af 9.3.2010, ERG m.fl. (C-379/08 og C-380/08, EU:C:2010:127, præmis 86).

34 – Dom af 6.11.2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, præmis 87), af 26.6.2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. (C-305/05, EU:C:2007:383, præmis 28, andet punktum), af 21.12.2011, NS (C-411/10 og C-493/10, EU:C:2011:865, præmis 77), og af 19.9.2013, fornyet prøvelse Kommissionen mod Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, præmis 40).

35 – Artikel 2, stk. 4, og artikel 4, nr. 2), i direktiv 2002/77 taler om »forholdsmæssige« kriterier, hvilket blot svarer til en reference til proportionalitetsprincippet.

36 – Dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 23), af 14.9.2010, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (C-550/07 P, EU:C:2010:512, præmis 54 og 55), og af 21.12.2016, Vervloet m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, præmis 74).

37 – Dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 25 og 26), af 1.3.2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100, præmis 29), af 11.7.2013, Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 167), og af 6.11.2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, præmis 51).

38 – Jf. ovenfor, punkt 19 i dette forslag til afgørelse.

54. *Formelt set* skete der ingen forskelsbehandling mellem Rai, Mediaset og Persidera i denne forbindelse. Tværtimod anvendte man samme omlægningsmetode for alle hidtidige operatører af analoge tv-stationer i Italien. Efter denne metode fik alle netoperatører, som i forvejen havde udbudt analogt tv, mindst en digital multiplex, og de blandt dem, som hidtil havde rådet over flere analoge tv-stationer, fik hver tildelt en digital multiplex mindre, end antallet af deres analoge stationer egentlig berettigede dem til.

55. Ligebehandlingsprincippet omfatter imidlertid ikke kun tilfælde af formel (direkte) forskelsbehandling, men også tilfælde af *materiel* (indirekte) forskelsbehandling, hvor anvendelsen af et tilsyneladende neutralt kriterium i virkeligheden har negative følger særligt for en bestemt berørt person eller en bestemt gruppe af berørte personer³⁹.

56. I den foreliggende sag har den nævnte omlægningsmetode særligt negative følger for Persidera (tidligere TIMB), som i modsætning til de to store netoperatører Rai og Mediaset hidtil ikke havde tre, men kun to analoge tv-stationer i sit program. Mens metoden nemlig gav et omlægningsforhold for Rai og Mediaset på 66,67% (for hver tre analoge tv-stationer fik de hver tildelt to digitale multiplexer), var omlægningsforholdet i Persideras – tidligere TIMB – tilfælde kun på 50% (for virksomhedens to analoge tv-stationer fik TIMB tildelt en enkelt digital multiplex).

57. Dermed førte den metode, som Italien anvendte til omlægningen fra eksisterende analoge til nye digitale sendefrekvenser, ganske vist ikke til en klar forskelsbehandling af Persidera i forhold til de to større konkurrenter Rai og Mediaset for så vidt angik *omlægningsmetoden*, men derimod for så vidt angik *omlægningsresultatet*.

b) Berettigelse

58. De nye fælles rammebestemmelser tillader udtrykkeligt, at de nationale myndigheder i forbindelse med tildelingen og udnyttelsen af frekvenser træffer foranstaltninger, der kan tage hensyn til almene interesser (se navnlig artikel 9, stk. 1, andet afsnit, og stk. 4, andet afsnit, i direktiv 2002/21 samt artikel 5, stk. 1, andet punktum, sidste led, og stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2002/20)⁴⁰.

59. I sagen for Domstolen blev der især fremført to berettigelsesgrunde for den beskrevne forskelsbehandling: For det første ønskede den italienske stat at sikre kontinuiteten i tv-udbudet⁴¹. For det andet var det umuligt at opnå et nøjagtigt identisk omlægningsforhold for alle netoperatører, da der på grund af frekvensernes udelelighed ikke kunne tildeles brøkdele af multiplexer til nogen virksomhed. Jeg vil i det følgende undersøge disse to målsætninger hver for sig og prøve, om de foranstaltninger, der blev truffet for at nå disse mål, var forholdsmæssige.

39 – Således f.eks., i forbindelse med forbuddet mod diskriminering i forbindelse med arbejdstagernes frie bevægelighed, dom af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 49). Om begrebsparret formel og materiel diskriminering jf. supplerende også generaladvokat Lagranges forslag til afgørelse Italien mod Kommissionen (13/63, EU:C:1963:9) og generaladvokat VerLoren van Themaats forslag til afgørelse Seco og Desquenne & Giral (62/81 og 63/81, EU:C:1981:305).

40 – Jf. desuden 36. betragtning til direktiv 2009/140.

41 – Rai har desuden påpeget sin særlige forpligtelse til at levere forsyningspligttydelser. Dette aspekt tematiseres dog ikke særskilt af den forelæggende ret, og jeg vil derfor heller ikke diskutere det indgående i det følgende. Jeg begrænser mig her til at påpege, at mine bemærkninger om sikringen af kontinuiteten i tv-udbudet, navnlig vedrørende proportionaliteten, også kan overføres på tildeling af frekvenser med henblik på at sikre forsyningspligttydelser.

60. Proportionalitetsprincippet, der hører til EU-rettens almindelige grundsætninger, indebærer, at de truffe foranstaltninger ikke må gå videre end nødvendigt og passende for gennemførelsen af det lovligt tilsigtede formål, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål⁴².

61. Betydeligt mere elegant, men med helt samme indhold, anvender f.eks. de franske domstole i fast retspraksis formuleringen, at en foranstaltning skal være »egnet, nødvendig og forholdsmæssig i forhold til at nå det med den tilsigtede mål«⁴³. Tilsvarende prægnant er den i tysk praksis anvendte formulering, der kræver, at et indgreb i grundlæggende rettigheder »skal tjene et legitimt formål og være egnet, nødvendigt og passende som middel til at nå dette formål«⁴⁴.

62. Da den foreliggende sag berører en af de grundlæggende værdier for samlivet i et demokratisk samfund, nemlig mediernes frihed og pluralisme (jf. også artikel 11, stk. 2, i chartret om grundlæggende rettigheder), skal der anvendes en streng målestok ved bedømmelsen af proportionaliteten⁴⁵. En forskelsbehandling kan derfor kun accepteres, hvis den er nødvendig for at opnå mål af almen interesse på en sammenhængende og systematisk måde.

i) Sikring af kontinuiteten i tv-udbuddet

63. Hvad for det første sikringen af kontinuiteten i tv-udbuddet angår, er dette en legitim interesse, som de nationale myndigheder kan støtte sig på i forbindelse med udarbejdelsen af deres frekvenstildelingsplan.

64. Den nævnte kontinuitet tjener navnlig til at beskytte forbrugerne, som bl.a. er nævnt på et fremtrædende sted i sjette betragtning til direktiv 2002/21, og som desuden er afspejlet i kravet om, at »brugere sikres de størst mulige fordele« [artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 2002/20]. Forbrugerne får på denne måde lettere ved at udøve deres informationsfrihed (artikel 11, stk. 1, andet punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder), men også ved at opfylde deres kulturelle behov, når de trods overgangen fra analogt til digitalt tv fortsat har adgang til deres vante tv-stationer.

65. Det kan absolut være gavnligt for denne kontinuitet i tv-udbuddet, når de kompetente nationale myndigheder forbeholder en gruppe af digitale multiplexer for de netoperatører, som i forvejen havde analoge tv-stationer i deres sortiment, og stiller hver enkelt af dem i udsigt, at han vil få tildelt tilstrækkeligt med digitale frekvenser til at videreføre sit hidtidige analoge udbud i digital form.

66. Ifølge fast retspraksis er en foranstaltning nemlig kun er egnet til at sikre gennemførelsen af det påberåbte formål, hvis den reelt opfylder hensynet om at nå målet på en sammenhængende og systematisk måde⁴⁶.

42 – Dom af 11.7.1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, præmis 21), af 3.7.2003, Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, præmis 76), og af 10.3.2005, Tempelman og van Schaijk (C-96/03 og C-97/03, EU:C:2005:145, præmis 47). I samme retning dom af 9.3.2010, ERG m.fl. (C-379/08 og C-380/08, EU:C:2010:127, præmis 86), og af 16.6.2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 67 og 91).

43 – Den franske originaltekst lyder: »adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit«; se f.eks. Conseil constitutionnel, afgørelser nr. 2015-527 QPC af 22.12.2015 (FR:CC:2015:2015 527.QPC, præmis 4 og 12) og nr. 2016-536 QPC af 19.2.2016 (FR:CC:2016:2016 536.QPC, præmis 3 og 10); tilsvarende Conseil d'État, dom nr. 317827 af 26.10.2011 (FR:CEASS:2011:317827 20111026).

44 – Se herom f.eks. nyere tysk retspraksis fra den tyske Bundesverfassungsgericht, f.eks. BVerfGE 120, 274, 318 f. (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, præmis 218). »Passende« er i denne forbindelse et synonym for »forholdsmæssig i snæver forstand«.

45 – I denne retning dom af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 47), hvori Domstolen har fremhævet, at rækkevidden af lovgivers skønsbeføjelse kan være begrænset under hensyn til en række faktorer, herunder navnlig det omhandlede område, karakteren af den omhandlede rettighed, som er sikret ved chartret, karakteren og alvoren af indgrebet samt formålet hermed.

46 – Dom af 10.3.2009, Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141, præmis 55), af 17.11.2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, præmis 42), og af 13.7.2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, præmis 34). Denne retspraksis vedrørende de grundlæggende frihedsrettigheder må også gælde for den afledte ret i form af de nye fælles rammebestemmelser, især da disse bl.a. har til formål at gennemføre de grundlæggende frihedsrettigheder.

67. Såfremt det i hovedsagen på grundlag af den forelæggende rets – eventuelt endnu udestående – konstateringer skulle vise sig, at Rai og Mediaset blev overforsynet ved tildelingen af hver tre multiplexer, idet de fik flere digitale frekvenser, end det var nødvendigt for at videreføre deres hidtidige analoge tv-stationer⁴⁷, hvorimod Persidera fik færre digitale frekvenser end nødvendigt eller i hvert fald ikke blev betænkt med samme gavmildhed, ville den omlægningsmetode, som de italienske myndigheder anvendte, savne sammenhæng, og den ville da ikke kunne bestå en proportionalitetsprøvelse.

68. Desuden ville en overforsyning af de to førende aktører på markedet, RAI og Mediaset, være i strid med konkurrencetanken. Et af de grundlæggende formål med de nye fælles rammebestemmelser er nemlig at fremme konkurrencen [jf. navnlig artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 2002/20 samt artikel 8, stk. 2, i direktiv 2002/21]⁴⁸ og at undgå konkurrenceforvridninger på området for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester [jf. navnlig artikel 5, stk. 6, i direktiv 2002/20 og artikel 8, stk. 2, litra b), i direktiv 2002/21], sammenholdt med bestræbelser for at fremme mediernes pluralisme [jf. herom artikel 8, stk. 1, tredje led, artikel 9, stk. 4, andet led, litra d), og sjette betragtning til direktiv 2002/21 samt artikel 11, stk. 2, i chartret om grundlæggende rettigheder]. Konkurrencetanken og mediernes pluralisme afspejles helt konkret i den EU-retligt garanterede frie adgang til at udbyde elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (artikel 3, stk. 1, i direktiv 2002/20 og artikel 2, stk. 2, i direktiv 2002/77). I denne forbindelse er de nationale myndigheder udtrykkeligt forpligtet til at sikre, at konkurrencen ikke forvrides af akkumulering af brugsrettigheder til radiofrekvenser (artikel 5, stk. 6, andet punktum, i direktiv 2002/20), og de kan fastsætte bestemmelser for at forhindre hamstring af frekvenser (artikel 9, stk. 7, i direktiv 2002/21).

69. Såfremt imidlertid de to langt største virksomheder på det italienske tv-markeder – Rai og Mediaset – får tildelt flere digitale multiplexer, end det var nødvendigt for at videreføre deres hidtidige analoge tv-program, er en sådan overforsyning egnet til at føre til akkumulering af frekvenser hos to førende aktører på markedet og styrke deres i forvejen betragtelige konkurrenceposition i forhold til deres mindre konkurrenter⁴⁹, hvilket tendentielt begrænser forbrugernes valgmuligheder og i sidste ende betyder en svækkelse af mediernes pluralisme.

70. Konkurrencetanken ville være tilsidesat på særlig graverende vis, hvis den præmis skulle vise sig at være sand, som Consiglio di Stato udtrykkeligt har anført i forelæggelseskendelsen, og hvorefter der ved omlægningen af de analoge tv-frekvenser til digitale til fordel for RAI og Mediaset også blev taget hensyn til to ulovligt drevne tv-stationer, nemlig »RAI 3« og »Rete 4«⁵⁰. I så fald ville RAI og Mediaset som de to ledende aktører på det italienske marked nemlig i sidste ende have opnået deres særligt fordelagtige omlægningsforhold på 66,67% (hver to digitale multiplexer for hver tre analoge tv-stationer) på grundlag af en ulovlig fremgangsmåde. Et sådant forspring, som i sidste ende kun ville være baseret på fastholdelsen af en ulovlig tilstand, ville imidlertid skulle anses for i strid med konkurrencebestemmelserne.

47 – Såvel i den skriftlige som den mundtlige procedure for Domstolen har flere procesdeltagere bemærket, at der med digitale frekvenser kan udsendes flere tv-programmer samtidig. Der blev talt om at udnytte en digital multiplex til op til fire, ja sågar seks sådanne programmer, alt efter transmissionskvalitet. Dermed opstår spørgsmålet, om ikke allerede tildeling af en enkelt digital Multiplex til hver ville have været tilstrækkeligt til at give RAI og Mediaset mulighed for at videreføre deres hidtidige tv-udbud, som ifølge procesdeltagernes oplysninger omfattede tre analoge stationer for hver. RAI og Mediaset har i retsmødet protesteret mod en sådan betragtning. Det påhviler i sidste ende den forelæggende ret at fastslå alle de egnede faktiske omstændigheder vedrørende denne problematik og drage de nødvendige konklusioner på dette grundlag. I denne forbindelse skal der tages hensyn til, at de her omtvistede digitale frekvenser i den første gruppe alene skulle tjene til *videreførelse* og ikke f.eks. *udvidelse* eller grundlæggende *forbedring* af det hidtidige tv-udbud (bortset fra den forbedring, der kan ske som følge af selve omlægningen til digital transmission).

48 – Jf. også dom af 23.4.2015, Kommissionen mod Bulgarien (C-376/13, EU:C:2015:266, præmis 69).

49 – Jf. hertil også dom af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 98 og 99), hvori Domstolen har fremhævet, at foranstaltninger, der har til virkning at lamme strukturen på det nationale marked og at beskytte stillingen for nationale udbydere, der allerede var aktive på markedet, er uforenelige med retningslinjerne i de nye fælles rammebestemmelser.

50 – Det påhviler ikke Domstolen i den præjudicielle sag at bedømme, om tv-stationerne »RAI 3« og »Rete 4« faktisk blev eller bliver drevet ulovligt. I forbindelse med den foreliggende præjudicielle sag skal Domstolen imidlertid tage udgangspunkt i de af Consiglio di Stato formulerede præciser og lægge dem til grund for sin bedømmelse.

71. Såvel en eventuel overforsyning af Rai og Mediaset med digitale frekvenser som den eventuelle hensyntagen til ulovligt drevne tv-stationer ved omlægningen af de analoge frekvenser til digitale ville være i direkte modstrid med den af EU-lovgiver fastsatte målsætning om at fremme konkurrencen på området for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og styrke mediernes pluralisme.

72. Under sådanne omstændigheder ville sikringen af kontinuiteten i tv-udbudet ikke kunne anvendes som berettigelsesgrund for forskelsbehandlingen mellem Rai og Mediaset på den ene side og Persidera på den anden side.

ii) Bevarelsen af frekvensernes udelelighed

73. Hvad dernæst angår frekvensernes udelelighed er der tale om en uomgængeligt krav, som der i sagens natur også kunne og skulle tages hensyn til, da det gamle system med analoge sendefrekvenser blev omlagt til det nye system med digitale frekvenser. I sidste ende er undgåelse af brøkdeler i forbindelse med frekvenstildelingen et delaspekt af den effektive udnyttelse og forvaltning af tv-frekvenser, som medlemsstaterne skal tilskynde til og sikre i henhold til artikel 8, stk. 2, litra d), og artikel 9, stk. 1 og stk. 4, andet afsnit, litra c), i direktiv 2002/21 samt i henhold til artikel 5, stk. 2, første led, stk. 5 og stk. 6, første punktum, i direktiv 2002/20.

74. Tildelingen af en tredje digital multiplex til Rai og Mediaset var uden tvivl egnet til at fordele de otte tilgængelige multiplexer i den første gruppe på alle berettigede netoperatører, samtidig med at deres udelelighed blev respekteret, og uden at der opstod brøkdeler.

75. Den nævnte tildeling af en tredje digital multiplex hver til Rai og Mediaset var imidlertid ikke den eneste mulighed for at bevare frekvensernes udelelighed. Tværtimod ville dette hensyn også kunne have været tilgodeset med andre fremgangsmåder med mindre ufordelagtige konsekvenser for konkurrencen.

76. Navnlig kunne de italienske myndigheder have tildelt eventuelle overskydende multiplexer fra den første gruppe⁵¹ efter objektive kriterier til den eller de netoperatører, som bedst kunne udnytte disse frekvenser til at styrke konkurrencen og videreføre deres hidtidige analoge tv-programmer. Det er på ingen måde givet, at dette ville have været de to førende aktører på markedet, Rai og Mediaset.

77. Alternativt kunne de italienske myndigheder eventuelt – og med forbehold af den forelæggende rets yderligere konstateringer – have tildelt de overskydende multiplexer fra den første gruppe til flere netoperatører til fælles benyttelse med den klausul, at hver af disse netoperatører kunne støtte sig på de deri indeholdte digitale frekvenser på bestemte ugedage eller bestemte tidspunkter på dagen til transmission af deres tv-programmer.

78. I betragtning af procesdeltagernes overensstemmende oplysninger om, at hver digital multiplex tillader transmission af flere tv-programmer, må den forelæggende ret desuden undersøge, om ikke der kunne være mulighed for at anvende en og samme multiplex til flere tv-programmer fra forskellige udbydere.

79. I hvert fald må det fastholdes, at bevarelsen af frekvensernes udelelighed ikke er tilstrækkeligt til at begrunde en forskelsbehandling som den her omtvistede mellem Rai og Mediaset på den ene side og Persidera på den anden.

51 – Jf. igen ovenfor, punkt 19 i dette forslag til afgørelse.

VI. Forslag til afgørelse

80. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare Consiglio di Stato's præjudicielle anmodning som følger:

»Artikel 8 og 9 i direktiv 2002/21, artikel 3, 5 og 7 i direktiv 2002/20 samt artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77 er til hinder for en national metode til tildeling af digitale tv-frekvenser, som bevirker, at de to ledende aktører på markedet i forhold til antallet af deres hidtidige analoge tv-stationer opnår flere digitale frekvenser end deres mindre konkurrenter, medmindre en sådan fremgangsmåde er berettiget med henblik på at gennemføre legitime formål af almen interesse.

Til disse legitime formål hører sikring af kontinuiteten i tv-programmet og bevarelse af tv-frekvensernes udelelighed. En forskelsbehandling af netoperatører, som støttes på disse formål, skal dog nøje holde sig inden for grænserne for, hvad der er nødvendigt under hensyntagen til konkurrencetanken, som ligger til grund for de tre direktiver, og til mediernes pluralisme, for at opnå de nævnte mål på en sammenhængende og systematisk måde.

Det ville udgøre en særligt alvorlig tilsidesættelse af konkurrencetanken, såfremt den nationale metode til tildeling af digitale tv-frekvenser som følge af hensyntagen til hidtil ulovligt drevne analoge tv-stationer indbragte de to ledende aktører på markedet flere digitale frekvenser end deres mindre konkurrenter.«