



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JULIANE KOKOTT
30 päivänä maaliskuuta 2017¹

Asia C-112/16

**Persidera SpA
vastaan**

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

(Ennakkoratkaisupyyntö – Consiglio di Stato (ylin hallintotuomioistuin, Italia))

Ennakkoratkaisupyyntö – Sähköiset viestintäverkot ja -palvelut – Direktiivit 2002/20/EY, 2002/21/EY ja 2002/77/EY – Siirtyminen analogisesta digitaaliseen televisioon – Jokaiselle analogisten taajuuksien haltijalle jaettavien digitaalisten taajuuksien lukumäärän määrittäminen – Aiemmin laittomasti käytettyjen analogisten taajuuksien huomioon ottaminen – Muuntosuhde – Muuntokerroin – Yhdenvertainen kohtelu, syrjimättömyys ja oikeasuhteisuus

I Johdanto

1. Nykyaikana ei voida tarpeeksi korostaa sitä, millainen perustava merkitys tiedotusvälineiden moniarvoisuudella ja koskemattomuudella on vapaassa demokraattisessa yhteiskunnassa. Erityisesti sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen käyttö on nykyisin arkipäivää lähes kaikille, eikä niitä voida enää sivuuttaa, sillä ne ovat edellytys nykyaikaiselle demokratialle mutta myös väestön sivistämiselle ja kulttuurielämälle Euroopassa. Samanaikaisesti nähdään toistuvasti, miten hauraita ja ongelma-alttiita näiden verkkojen ja palvelujen perustana olevat mekanismit ovat.
2. Italiassa on viime vuosikymmeninä käyty usein kiivasta keskustelua television moniarvoisuudesta. Siten ei ole yllättävää, että myös siirtyminen analogisesta digitaaliseen televisioon johti Italiassa kiistoihin uusien digitaalisten televisiotaajuuksien oikeudenmukaisesta myöntämisestä.
3. Käsiteltävässä asiassa on kyse erityisesti niiden digitaalisten taajuuksien myöntämisestä, jotka valtio varasi nimenomaisesti nykyisten analogisten televisio-ohjelmien jatkamista varten. Persidera (aiemmin Telecom Italia Media Broadcasting – TIMB),² joka on yksi italialaisista verkko-operaattoreista, katsoo joutuneensa analogisten taajuuksien digitaalisiksi muuntamisen yhteydessä epäedulliseen asemaan kilpailijoihinsa – nimittäin johtaviin markkinatoimijoihin Raihin ja Mediasetiin – nähden.

¹ Alkuperäinen kieli: saksa.

² Ennen lopullista siirtymistä digitaalitelevision Persideralla – tai sen oikeudellisella edeltäjällä TIMB:llä – oli Italiassa kaksi analogista (La 7 ja MTV) ja kaksi digitaalista televisiokanavaa (TIMB1 ja MBONE).

4. Unionin tuomioistuimen on käsiteltävässä asiassa selvennettävä, mitä vaatimuksia unionin oikeudessa asetetaan taajuuksien oikeudenmukaiselle myöntämiselle. Tässä yhteydessä on otettava huomioon, että nyt riidanalaisessa taajuuksien myöntämismenettelyssä Italian tasavallan täytyi ottaa huomioon etenkin Euroopan komission meneillään olevassa jäsenyysselvöitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä³ esittämät epäilyt ja unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisumenettelyssä antama tuomio.⁴

5. Tämän problematiikan arvioinnin kannalta merkityksellisiä ovat vuodesta 2002 voimassa ollut ”uusi yhteinen lainsäädäntökehys”, joka koostuu useista unionin lainsäätäjän antamista direktiiveistä, ja unionin oikeuden yleiset periaatteet.

6. Nyt tarkasteltava asia C-112/16 liittyy läheisesti ennakkoratkaisupyyntömenettelyyn asiassa C-560/15, jossa esitän ratkaisuehdotukseni myös samana päivänä. Siinä esille tulevat oikeuskysymykset koskevat tosin lähinnä samoja unionin oikeuden säännöksiä ja periaatteita, mutta ne eivät koske tässä riidanalaisista vanhojen analogisten taajuuksien muuntamista uusiksi digitaalisiksi taajuuksiksi, ja niiden yhteydessä esille nousee myös selkeästi erilaisia oikeudellisia ongelmia.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

7. Käsiteltävää asiaa koskevat unionin oikeussäännöt sisältyvät sähköisistä viestintäverkoista ja -palveluista vuonna 2002 annettuihin kolmeen direktiiviin, jotka kaikki kuuluvat sähköisiä viestintäpalveluja, sähköisiä viestintäverkkoja sekä niiden liitännäistoimintoja ja -palveluja koskevaan uuteen yhteiseen lainsäädäntökehukseen: puitedirektiivi (direktiivi 2002/21/EY),⁵ valtuutusdirektiivi (direktiivi 2002/20/EY)⁶ ja kilpailudirektiivi (direktiivi 2002/77/EY).⁷ Kahta ensimmäistä direktiiviä sovelletaan sellaisina kuin ne ovat muutettuina direktiivillä 2009/140/EY.⁸

A Puitedirektiivi (direktiivi 2002/21)

8. Aluksi on viitattava direktiivin 2002/21 johdanto-osan 6 ja 19 perustelukappaleeseen, joissa todetaan muun muassa seuraavaa:

”(6) Audiovisuaalialan politiikka ja sisällön sääntely toteutetaan sellaisten yleisen edun mukaisten tavoitteiden perusteella kuin sananvapaus, tiedotusvälineiden moniarvoisuus, puolueettomuus, kulttuurinen ja kielellinen monimuotoisuus, sosiaalinen osallisuus, kuluttajansuoja ja alaikäisten suojelu. – –

– –

³ Jäsenyysselvöitteiden noudattamatta jättämistä koskeva menettely nro 2005/5086 (ks. tästä komission 19.7.2006 antama lehdistötiedote IP/06/1019 ja 18.7.2007 antama lehdistötiedote IP/07/1114); tämä menettely, jossa komissio on antanut heinäkuussa 2007 SEUT 258 artiklan ensimmäisessä kohdassa (aiempi EY 226 artiklan 1 kohta) tarkoitettun perustellun lausunnon, on edelleen vireillä.

⁴ Tuomio 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

⁵ Sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä 7.3.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/21/EY (puitedirektiivi) (EYVL 2002, L 108, s. 33).

⁶ Sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja koskevista valtuutuksista 7.3.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/20/EY (valtuutusdirektiivi) (EYVL 2002, L 108, s. 21).

⁷ Kilpailusta sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen markkinoilla 16.9.2002 annettu komission direktiivi 2002/77/EY (kilpailudirektiivi) (EYVL 2002, L 249, s. 21).

⁸ Sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annetun direktiivin 2002/21/EY, sähköisten viestintäverkkojen ja niiden liitännäistoimintojen käyttöoikeuksista ja yhteenliittämisestä annetun direktiivin 2002/19/EY sekä sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja koskevista valtuutuksista annetun direktiivin 2002/20/EY muuttamisesta 25.11.2009 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/140/EY (EUVL 2009, L 337, s. 37, oikaisu EUVL 2013, L 241, s. 8).

(19) Radiotaajuudet ovat olennainen tekijä radioviestintään perustuvissa sähköisissä viestintäpalveluissa, ja silloin kun taajuudet liittyvät tällaisiin palveluihin, kansallisten sääntelyviranomaisten olisi varattava taajuudet ja jaettava ne käyttäjille toimiaan säätelevien yhdenmukaistettujen tavoitteiden ja periaatteiden sekä puolueettomien, selkeiden ja syrjimättömien perusteiden mukaisesti ottaen huomioon taajuuksien käyttöön liittyvät demokraattiset, sosiaaliset, kielelliset ja kulttuuriset etunäkökohdat. – –”

9. Direktiivin 2002/21 8 artiklan, jonka otsikko on ”Yleiset tavoitteet ja sääntelyperiaatteet”, 1 ja 2 kohdassa säädetään muun muassa seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että kansalliset sääntelyviranomaiset toteuttavat tässä direktiivissä ja erityisdirektiiveissä määriteltyjä sääntelytehtäviään hoitaessaan kaikki aiheelliset toimenpiteet, joilla pyritään 2, 3 ja 4 kohdassa säädettyihin tavoitteisiin. Toimenpiteiden on oltava oikeasuhteisia näihin tavoitteisiin nähden.

--

2. Kansallisten sääntelyviranomaisten on edistettävä kilpailua sähköisten viestintäverkkojen, sähköisten viestintäpalvelujen ja niiden liitännäistoimintojen ja -palvelujen tarjoamisessa muun muassa

--

b)

varmistamalla, ettei kilpailu sähköisen viestinnän alalla, sisällön siirto mukaan lukien, vääristy tai ettei sitä rajoiteta;

--

d) edistämällä radiotaajuuksien ja numerovarojen tehokasta käyttöä ja varmistamalla niiden tehokas hallinta.”

10. Direktiivin 2002/21 9 artiklaan, jonka otsikko on ”Radiotaajuuksien hallinnointi sähköisten viestintäpalvelujen osalta”, sisältyvät lisäksi seuraavat säännökset:

”1. Ottaen asianmukaisesti huomioon, että radiotaajuudet ovat julkinen voimavara, jolla on tärkeä yhteiskunnallinen, kulttuurinen ja taloudellinen arvo, jäsenvaltioiden on varmistettava, että sähköisissä viestintäpalveluissa niiden alueella käytettäviä radiotaajuuksia hallinnoidaan tehokkaasti 8 ja 8 a artiklan mukaisesti. Niiden on varmistettava, että toimivaltaiset kansalliset viranomaiset sähköisiin viestintäpalveluihin käytettäviä taajuuksia varatessaan ja yleisvaltuuksia tai yksittäisiä käyttöoikeuksia myöntäessään soveltavat puolueettomia, avoimia, syrjimättömiä ja oikeasuhteisia perusteita.

Jäsenvaltioiden on tätä artiklaa soveltaessaan noudatettava asiaankuuluvia kansainvälisiä sopimuksia, ITU:n radio-ohjesäännöt mukaan lukien, ja ne voivat ottaa huomioon yleiseen etuun liittyviä näkökohtia.

--

4. --Toimenpiteet, jotka edellyttävät sähköisen viestintäpalvelun tarjoamista tietyllä sähköisille viestintäpalveluille avoimella taajuusalueella, on perusteltava, jotta voidaan varmistaa jäsenvaltioiden yhteisön lainsäädännön mukaisesti määrittelemän yleisen edun mukaisen tavoitteen saavuttaminen. Näihin kuuluvat esimerkiksi:

a) elämän turvallisuuden takaaminen,

- b) sosiaalisen, alueellisen tai maantieteellisen yhteenkuuluvuuden edistäminen,
- c) taajuuksien tehottoman käytön välttäminen tai
- d) kulttuurisen ja kielellisen monimuotoisuuden ja tiedotusvälineiden moniarvoisuuden edistäminen esimerkiksi tarjoamalla radio- ja televisiopalveluja.

--

7. Asiaan liittyvät kansalliset olosuhteet huomioon ottaen jäsenvaltiot voivat vahvistaa sääntöjä taajuuksien varastoon keräämisen estämiseksi erityisesti asettamalla tiukkoja määräaikoja oikeudenhaltijan käyttöoikeuden varsinaiselle käytölle ja soveltamalla seuraamuksia, rahalliset seuraamukset ja käyttöoikeuden peruuttaminen mukaan lukien, jos näitä määräaikoja ei noudateta, sanotun kuitenkin rajoittamatta erityisdirektiivien soveltamista. Nämä säännöt on vahvistettava ja niitä on sovellettava oikeasuhteisella, syrjimättömällä ja avoimella tavalla.”

B Valtuutusdirektiivi (direktiivi 2002/20)

11. Direktiivin 2002/20 3 artiklan, jonka otsikko on ”Sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja koskeva yleisvaltuutus”, 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltioiden on taattava vapaus tarjota sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja tässä direktiivissä vahvistettujen edellytysten mukaisesti. Tämän vuoksi jäsenvaltiot eivät saa estää yritystä tarjoamasta sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja, ellei tämä ole tarpeen perustamissopimuksen 46 artiklan 1 kohdassa määrätyistä syistä.”

12. Direktiivin 2002/20 5 artiklassa, jonka otsikko on ”Radiotaajuuksien ja numeroiden käyttöoikeudet”, säädetään muun muassa seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on edistettävä yleisvaltuutuksen alaisten radiotaajuuksien käyttöä. Jäsenvaltiot voivat tarvittaessa myöntää yksittäisiä käyttöoikeuksia

--

– jäsenvaltioiden yhteisön oikeuden mukaisesti määrittelemien yleisen edun mukaisten muiden tavoitteiden saavuttamiseksi.

2. Jos on välttämätöntä myöntää yksittäisiä radiotaajuuksien ja numeroiden käyttöä koskevia oikeuksia, jäsenvaltioiden on myönnettävä tällainen oikeus pyynnöstä kaikille yrityksille, jotka tarjoavat 3 artiklassa tarkoitettuja yleisvaltuutuksen mukaisia palveluja tai verkkoja, jollei tämän direktiivin 6 ja 7 artiklan sekä 11 artiklan 1 kohdan c alakohdan säännöksistä ja muista tällaisten voimavarojen tehokkaan käytön direktiivin 2002/21/EY (puitedirektiivi) mukaisesti varmistavista säännöistä muuta johdu.

Radiotaajuuksien ja numeroiden käyttöoikeuksien myöntämismenettelyjen on oltava avoimia, puolueettomia, läpinäkyviä, syrjimättömiä ja oikeasuhteisia ja radiotaajuuksien osalta, direktiivin 2002/21/EY (puitedirektiivi) 9 artiklan säännösten mukaisia, sanotun kuitenkin rajoittamatta niiden erityisperusteiden ja -menettelyjen soveltamista, joita jäsenvaltiot ovat määritelleet radiotaajuuksien käyttöoikeuksien myöntämiseksi radio- tai televisio-ohjelmien sisältöpalvelujen tarjoajille yleistä etua koskevien tavoitteiden saavuttamiseksi yhteisön oikeuden mukaisesti. Poikkeusta avoimia

myöntämismenettelyjä koskevasta vaatimuksesta voidaan soveltaa tapauksissa, joissa radiotaajuuksien yksittäisten käyttöoikeuksien myöntäminen radio- tai televisio-ohjelmien sisältöpalvelujen tarjoajille on tarpeen jäsenvaltioiden yhteisön oikeuden mukaisesti määrittelemän yleisen edun mukaisen tavoitteen saavuttamiseksi.

--

5. Jäsenvaltiot eivät saa rajoittaa myönnettävien käyttöoikeuksien määrää, paitsi jos tämä on välttämätöntä radiotaajuuksien tehokkaan käytön varmistamiseksi 7 artiklan mukaisesti.

6. Toimivaltaisten kansallisten viranomaisten on varmistettava, että radiotaajuuksia käytetään tehokkaasti ja tosiasiallisesti direktiivin 2002/21/EY (puitedirektiivi) 8 artiklan 2 kohdan ja 9 artiklan 2 kohdan mukaisesti. Niiden on varmistettava, ettei radiotaajuuksien käyttöoikeuksien siirto tai kerääminen väärin kilpailua. --”

13. Direktiivin 2002/20 7 artiklassa, jonka otsikko on ”Radiotaajuuksien käyttöä koskevien oikeuksien määrän rajoittamista koskeva menettely”, säädetään lisäksi seuraavaa:

”1. Jos jäsenvaltio harkitsee, onko myönnettävien radiotaajuuksien käyttöoikeuksien määrää rajoitettava tai onko olemassa olevien oikeuksien kesto jatkettaava muuten kuin näissä oikeuksissa määritettyjen ehtojen mukaisesti, sen on muun muassa:

a) otettava asianmukaisella tavalla huomioon tarve tarjota käyttäjille mahdollisimman suuri hyöty ja helpottaa kilpailun kehittymistä;

--

3. Jos radiotaajuuksien käyttöä koskevien oikeuksien myöntämistä on rajoitettava, jäsenvaltioiden on myönnettävä tällaiset oikeudet puolueettomin, avoimin, syrjimättömin ja oikeasuhteisin valintaperustein. Valintaperusteissa on otettava asianmukaisesti huomioon direktiivin 2002/21/EY (puitedirektiivi) 8 artiklan tavoitteiden ja 9 artiklan vaatimusten saavuttaminen.

--”

C Kilpailudirektiivi (direktiivi 2002/77)

14. Direktiivin 2002/77 2 artiklassa, jonka otsikko on ”Sähköisten viestintäverkkojen ja sähköisten viestintäpalvelujen yksinoikeudet ja erityisoikeudet”, säädetään muun muassa seuraavaa:

”_ _

2. Jäsenvaltioiden on toteutettava kaikki tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että jokaisella yrityksellä on oikeus tarjota sähköisiä viestintäpalveluja tai perustaa, laajentaa taikka tarjota sähköisiä viestintäverkkoja.

--

4. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että yritykselle sähköisten viestintäpalvelujen tarjoamiseksi tai sähköisten viestintäverkkojen perustamiseksi ja/tai tarjoamiseksi myönnetty yleinen valtuutus sekä tähän liittyvät edellytykset perustuvat puolueettomiin, syrjimättömiin, oikeasuhteisiin ja selkeisiin perusteisiin.

--”

15. Direktiivin 2002/77 4 artiklassa, jonka otsikko on ”Radiotaajuuksien käyttöoikeudet”, säädetään lisäksi seuraavaa:

”Rajoittamatta kuitenkaan sellaisten erityisten periaatteiden ja menettelyiden soveltamista, joita jäsenvaltiot ovat ottaneet käyttöön myöntääkseen radio- tai televisiolähetysten sisältöpalvelujen tarjoajille radiotaajuuksien käyttöoikeuksia tarkoituksenaan saavuttaa yhteisön oikeuden mukaiset yleishyödylliset tavoitteet:

--

2. Radiotaajuuksien myöntämisen sähköisille viestintäpalveluille on perustuttava puolueettomiin, selkeisiin, syrjimättömiin ja oikeasuhteisiin perusteisiin.”

III Tosiseikat ja pääasian käsittelyn vaiheet

16. Siirtyminen analogisesta digitaaliseen televisioon Italiassa edellytti menettelyä uusien digitaalisten lähetystaajuuksien, jotka ovat suurempitehoisia kuin analogiset, jakamiseksi.⁹ Tätä tarkoitusta varten Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁰ antoi 7.4.2009 päätöksen 181/09/CONS,¹¹ jolla se asetti edellytykset maanpäällisten verkkojen täydelliselle digitalisaatiolle ja samalla vahvisti mekanismin tätä varten jaettavien taajuuksien myöntämiseksi. Päätöksen taustalla oli meneillään oleva jäsenyysveloitteiden noudattamatta jättämistä koskeva menettely,¹² jossa Euroopan komissio huomautti, ettei Italia saa digitaalisia taajuuksiaan jaettaessa suosia markkinoilla jo toimivia analogisen televisiolähetystoiminnan harjoittajia.

17. Digitaaliset taajuudet oli tarkoitus jakaa 21 kanavanipun (multiplex) muodossa maanlaajuista maanpäällistä siirtoa varten.¹³ Kanavanippu mahdollistaa erilaisten audio-, video- ja datasiinaalien yhdistämisen samaan datavirtaan, jolloin voidaan optimoida käytettävissä olevien taajuuksien ja yhteyksien hyödyntäminen.

18. Jotta varmistetaan näiden digitaalisten kanavanippujen oikeudenmukainen jako, jossa otetaan huomioon paitsi siihenastiset analogisen televisiolähetystoiminnan harjoittajat myös ne, jotka olivat jo aiemmin investoineet digitaalisten verkkojen luomiseen, ja myös ne, jotka haluavat tulla uusina toimijoina näille markkinoille, 21 kanavanippua jaettiin kolmeen ryhmään, jotka oli tarkoitus jakaa erilaisten perusteiden mukaisesti. Lisäksi vahvistettiin enimmäismäärä, eli yhdelläkään verkko-operaattorilla ei saa yksin olla käytössään yhteensä yli viittä kanavanippua. Myös komissio oli kehottanut jäsenyysveloitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä ottamaan käyttöön tällaisen viiden kanavanipun enimmäismäärän.

19. Mainittujen 21 kanavanipun jaon oli määrä tapahtua konkreettisesti seuraavasti:

– *Ensimmäisessä ryhmässä* kahdeksan kanavanippua oli varattu nykyisten analogisten televisioverkkojen muuttamiseen digitaalisiksi televisioverkoiksi. Tämän oli tarkoitus tapahtua oikeudenmukaisen jaon perusteella, jossa otettaisiin huomioon televisiotarjonnan jatkuvuus. Jokaisen siihenastisen analogisten televisiolähetysten tarjoajan olisi siten tarkoitus saada vähintään yksi kanavanippu, ja tarjoajien, joilla on useita analogisia kanavia, oli kuitenkin tarkoitus saada kunkin aina yhden kanavanipun vähemmän kuin niiden analogisten kanavien määrä. Tällä tavalla

9 Yksi digitaalitelevision suurista eduista on se, että – toisin kuin analogisessa televisiossa – yhdellä ja samalla taajuusalueella voidaan lähettää useita ohjelmia.

10 Italian viestintäsääntelyviranomaisen.

11 Päätös sai lainvoiman asetuksella (decreto-legge) nro 59/2008, luettuna yhdessä lain nro 101/2008 kanssa.

12 Ks. edellä alaviite 3.

13 Jotkin menettelyn osapuolet puhuvat yhteensä 22 kanavanipusta. Tätä eroavuutta ei kuitenkaan ole tarpeen selvittää lähemmin tässä ennakkoratkaisupyyntömenettelyssä.

muun muassa Rai ja Mediaset, joilla oli kummallakin ollut siihen asti kolme analogista televisiokanavaa, saivat kumpikin kaksi kanavanippua, kun taas TIMB, jolla oli ollut valikoimassaan kaksi analogista televisiokanavaa, sai puolestaan yhden kanavanipun. Rete A ja kaksi muuta verkko-operaattoria saivat myös kukin yhden kanavanipun.

- *Toisessa ryhmässä* oli määrä jakaa kahdeksan kanavanippua verkko-operaattoreille, jotka olivat investoineet digitaalisten verkkojen luomiseen. Rai, Mediaset ja TIMB saivat tätä kautta kukin lisäksi kaksi kanavanippua, kun taas Rete A ja eräs toinen verkko-operaattori saivat kumpikin yhden kanavanipun.
- *Kolmannessa ryhmässä* oli tarkoitus jakaa jäljellä olevat viisi kanavanippua, joista käytetään myös nimitystä taajuusyliäämä,¹⁴ uusina lisätaajuuksina puolueettomien, läpinäkyvien, oikeasuhteisten ja syrjimättömien perusteiden mukaisesti.

20. Tämän perusteella Italian talouskehitysministeriö¹⁵ jakoi digitaaliset kanavaniput.

21. Käsiteltävässä asiassa riita koskee ainoastaan osaa näistä kanavanipuista, nimittäin ensimmäistä ryhmää. Koska TIMB katsoi, että menetelmässä analogisten taajuuksien muuntamiseksi digitaalisiksi taajuuksiksi¹⁶ se oli asetettu epäedulliseen asemaan suurempiin kilpailijoihinsa nähden, TIMB nosti Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazioa¹⁷ kanteen, jossa se vaati lisäkanavanippua mainitusta ensimmäisestä ryhmästä ja vahingonkorvausta.

22. TIMB väitti mainitussa tuomioistuimessa muun muassa, että muunnettaessa aiempia analogisia taajuuksia uusiksi digitaalisiksi taajuuksiksi sen tapauksessa on käytetty epäedullisempaa muuntosuhdetta kuin Rain ja Mediasetin tapauksessa: TIMB nimittäin sai kahdesta analogisesta taajuudesta yhden kanavanipun, jolloin muuntosuhde on 50 prosenttia, kun taas Raille ja Mediasetille myönnettiin kolmesta analogisesta televisiokanavasta kummallekin kaksi kanavanippua, jolloin saadaan edullisempi muuntosuhde, 66,67 prosenttia. TIMB moitti lisäksi sitä, että muunnettaessa taajuuksia digitaalisiksi Rain ja Mediasetin tapauksessa otettiin huomioon analogisia televisiokanavia, joiden toiminnassa nämä kaksi verkko-operaattoria eivät olleet siihen saakka noudattaneet lakisääteisiä keskittymiselle asetettuja rajoituksia ja joiden toiminta oli siten laitonta.

23. Sen jälkeen kun TIMB:n kanne oli hylätty ensimmäisessä oikeusasteessa,¹⁸ TIMB esitti oikeussuojaa koskevan vaatimuksensa uudelleen muutoksenhakutuomioistuimena toimivassa Consiglio di Statossa,¹⁹ joka on ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin. Tämän Consiglio di Staton muutoksenhakumenettelyn kuluessa TIMB yhdistyi Rete A:n kanssa, jolla puolestaan oli jo kaksi kanavanippua. Yhdistymisen seurauksena syntyneellä uudella yrityksellä, jonka nimi on Persidera, on ollut siitä lähtien käytössään yhteensä viisi kanavanippua, mikä on Italiassa – kuten edellä jo todettiin – kullekin verkko-operaattorille lainsäädännössä asetettu enimmäismäärä.

14 Taajuusyliäämän käsitteestä ks. direktiivin 2009/140 johdanto-osan 26 perustelukappale; ks. lisäksi komission 13.11.2007 antama tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle sekä alueiden komitealle – Eurooppalaisen taajuusyliäämän täysimääräinen hyödyntäminen: Yhteinen lähestymistapa digitalisoinnin yhteydessä vapautuvien lähetystaajuuksien käyttöön, KOM(2007) 700 lopullinen, 1 kohta.

15 Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

16 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 19 kohdan ensimmäinen luettelukohta.

17 Lazion alueen hallintotuomioistuin, Italia.

18 Ks. tästä Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio tuomio nro 1398/2014.

19 Ylin hallintotuomioistuin, Italia.

IV Ennakkoratkaisupyyntö ja menettely unionin tuomioistuimessa

24. Consiglio di Stato on päättänyt 2.7.2015 tekemällään päätöksellä, joka saapui unionin tuomioistuimeen 24.2.2016, keskeyttää asian käsittelyn ja esittää unionin tuomioistuimelle SEUT 267 artiklan nojalla seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1) Ovatko Euroopan unionin oikeus ja erityisesti SEUT 56, SEUT 101, SEUT 102 ja SEUT 106 artikla, direktiivin 2002/21 (puitedirektiivi) 9 artikla, direktiivin 2002/20 (valtuutusdirektiivi) 3, 5 ja 7 artikla ja direktiivin 2002/77 (kilpailudirektiivi) 2 ja 4 artikla sekä syrjimättömyyden, avoimuuden, vapaan kilpailun, suhteellisuuden, tehokkuuden ja tiedonvälityksen moniarvoisuuden periaatteet esteenä sellaiselle kansalliselle säännökselle, jonka nojalla operaattoreille analogisista verkoista digitaalisiin siirryttäessä myönnettävien digitaalisten verkkojen lukumäärää määritettäessä otetaan samassa määrin huomioon niin lainmukaisesti hallinnoidut analogiset verkot kuin myös ne analogiset verkot, joiden toiminta on aiemmin ollut kansallisissa säännöksissä, joista puolestaan unionin tuomioistuin tai komissio ovat jo lausuneet, keskittymiselle asetettujen rajoitusten vastaista tai joiden toimintaa on harjoitettu ilman toimilupaa?
- 2) Ovatko Euroopan unionin oikeus ja erityisesti SEUT 56, SEUT 101, SEUT 102 ja SEUT 106 artikla, direktiivin 2002/21 (puitedirektiivi) 9 artikla, direktiivin 2002/20 (valtuutusdirektiivi) 3, 5 ja 7 artikla ja direktiivin 2002/77 (kilpailudirektiivi) 2 ja 4 artikla sekä syrjimättömyyden, avoimuuden, vapaan kilpailun, suhteellisuuden, tehokkuuden ja tiedonvälityksen moniarvoisuuden periaatteet esteenä sellaiselle kansalliselle säännökselle, jonka nojalla operaattoreille analogisista verkoista digitaalisiin siirryttäessä myönnettävien digitaalisten verkkojen lukumäärää määritettäessä otetaan huomioon kaikki millä tavalla tahansa aiemmin hallinnoidut analogiset verkot, myös ne, joiden toiminta on aiemmin ollut kansallisissa säännöksissä, joista puolestaan unionin tuomioistuin tai komissio ovat jo lausuneet, keskittymiselle asetettujen rajoitusten vastaista tai joiden toimintaa on harjoitettu ilman toimilupaa, mikä johtaa käytännössä siihen, että yhdelle useita verkkoja hallinnoivalle operaattorille myönnettyjen digitaalisten verkkojen lukumäärää verrattuna niiden verkkojen lukumäärään, joita sillä oli analogisessa järjestelmässä, vähennetään suhteellisesti enemmän kuin sen kilpailijoilta?”

25. Kirjallisia huomautuksia unionin tuomioistuimen menettelyssä esittivät Persidera, Rai ja Reti televisive italiane (jäljempänä RTI),²⁰ Italian ja Slovenian hallitukset sekä Euroopan komissio. Samat osapuolet Sloveniaa lukuun ottamatta osallistuivat myös 2.2.2017 pidettyyn istuntoon, joka seurasi välittömästi asiassa C-560/15 pidettyä istuntoa.

²⁰ RTI kuuluu Mediaset-konserniin.

V Asian arviointi

A Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen

26. Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 94 artiklan²¹ mukaan ennakkoratkaisupyyntöön on sisällytettävä ennakkoratkaisukysymyksen lisäksi tarvittavat tiedot pääasiaa koskevista tosiseikoista ja oikeudellisista seikoista. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on lisäksi esitettävä, mikä yhteys tulkittavilla unionin oikeuden säännöksillä on pääasiaan, ja selostettava ne syyt, joiden vuoksi se epäilee kyseisten säännösten tulkintaa tai pätevyyttä. Oikeuskäytännön mukaan tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskevilla tiedoilla on erityinen merkitys kilpailuoikeudellisissa menettelyissä.²²

1. Primaarioikeuden määräyksillä ei ole merkitystä asian ratkaisemisen kannalta

27. Kuten RTI ja Italian hallitus perustellusti tähdentävät, ennakkoratkaisupyynnössä ei ensinnäkään käsiteltävässä asiassa selvennetä, missä määrin SEUT 56, SEUT 101, SEUT 102 ja SEUT 106 artiklaan sisältyvät primaarioikeuden määräykset ovat merkityksellisiä pääasian ratkaisemisen kannalta.

28. Erityisesti SEUT 56 artiklasta on huomautettava, että kaikki pääasian tosiseikat ovat tapahtuneet vain yhden jäsenvaltion sisällä ja että tässä tapauksessa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin – toisin kuin asiassa Centro Europa 7 – ei pyri viittaamaan Italian perustuslakiin sisältyvään, Italian omiin kansalaisiin kohdistuvaa syrjintää koskevaan kieltoon.²³ Siten ei ole havaittavissa, missä määrin unionin tuomioistuin voisi pyydettyllä SEUT 56 artiklan tulkinnalla auttaa pääasian ratkaisemista.

29. SEUT 101, SEUT 102 ja SEUT 106 artiklaan sisältyvistä kilpailuoikeudellisista määräyksistä riittää, kun todetaan, että ne koskevat yritysten toimintaa, kun taas käsiteltävässä asiassa on kyse viranomaisten menettelystä televisiotaajuuksien myöntämisessä. SEUT 102 artiklan ensimmäisessä kohdassa, luettuna yhdessä SEUT 106 artiklan 1 kohdan kanssa, kielletään jäsenvaltioita luomasta tilannetta, jossa tiettyjen yritysten – tässä Rain ja Mediasetin – on helpompi käyttää väärin määräävää markkina-asemaansa, joka niillä väitetään olevan.²⁴ Olisi kuitenkin liioiteltua pitää Rain ja Mediasetin kilpailuvastaista menettelyä todennäköisenä tai jopa väistämättömänä pelkästään siksi, että Italian viranomaiset ovat mahdollisesti menetelleet virheellisesti digitaalisten televisiotaajuuksien myöntämisessä.

30. Sikäli kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa ainoastaan käsitellä *kilpailuperiaatetta* yleisesti, unionin tuomioistuin voi tarkastella näitä määräyksiä direktiiveistä 2002/20, 2002/21 ja 2002/77 esittämiensä toteamusten yhteydessä; SEUT 101, SEUT 102 ja SEUT 106 artiklan erillinen tulkinta ei ole tarpeen.

31. Ennakkoratkaisukysymykset on näin ollen jätettävä tutkimatta siltä osin kuin niissä pyydetään tulkitsemaan SEUT 56, SEUT 101, SEUT 102 ja SEUT 106 artiklaa.

21 Unionin tuomioistuin korostaa työjärjestyksensä 94 artiklan noudattamisen tarpeellisuutta esimerkiksi 12.5.2016 antamassaan määräyksessä Security Service ym. (C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, 18 kohta). Jo aiemmin vakiintuneessa oikeuskäytännössä asetettiin vastaavan sisältöisiä vaatimuksia ennakkoratkaisupyyntöjen tutkittavaksi ottamiselle; ks. mm. tuomio 24.4.2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, 42 kohta) ja tuomio 21.12.2016, Vervloet ym. (C-76/15, EU:C:2016:975, 56 ja 57 kohta).

22 Vastaavasti määräys 8.10.2002, Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, 21 ja 22 kohta); tuomio 26.1.1993, Telemarsicabruzzo ym. (C-320/90–C-322/90, EU:C:1993:26, 7 kohta); tuomio 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, 58 kohta); tuomio 21.11.2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, 20 kohta) ja tuomio 13.2.2014, Airport Shuttle Express ym. (C-162/12 ja C-163/12, EU:C:2014:74, 38 kohta).

23 Tuomio 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, 64–71 kohta, erityisesti 69 kohta).

24 Vastaavasti tuomio 18.6.1991, ERT (C-260/89, EU:C:1991:254, 37 kohta); tuomio 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, 60 kohta) ja tuomio 1.7.2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, 50 kohta); ks. myös ratkaisuehdotukseni Taricco ym. (C-105/14, EU:C:2015:293, 60 kohta).

2. Ennakkoratkaisukysymysten merkityksellisyys asian ratkaisemiselle Persideran osalta

32. Italian hallitus katsoo lisäksi, ettei ennakkoratkaisupyynnön ole merkityksellinen asian ratkaisemisen kannalta, koska Persidera on sittemmin saanut muutenkin enimmäismäärän kanavanippuja eli viisi kanavanippua, joiden lähetystaajuudet soveltuvat digitaalitelevisioon.

33. On totta, että ennakkoratkaisupyynnön on jätettävä tutkimatta, jos todetaan, että pääasia on jäänyt vaille kohdetta.²⁵ Käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan ole riittävästi viitteitä tällaisesta vaille kohdetta jäämisestä, eikä se etenkään ole ilmeistä. Asiakirja-aineistosta päinvastoin ilmenee, että Persidera vaatii kansallisissa hallintotuomioistuimissa paitsi yhtä uutta digitaalista kanavanippua myös vahingonkorvausta. Koska on mahdollista, että yritykselle voidaan Italian viranomaisten aiemman lainvastaisen menettelyn vuoksi myöntää vahingonkorvaus, ennakkoratkaisukysymyksillä oletetaan olevan merkitystä asian ratkaisemisen kannalta.²⁶

34. Tätä taustaa vasten on hylättävä Italian hallituksen väite pääasian jäämisestä vaille kohdetta.

3. Riittävät tiedot kahden televisiokanavan väitetystä lainvastaisuudesta

35. Lisäksi on tarkasteltava, onko ennakkoratkaisupyynnön mahdollisesti jätettävä tutkimatta siksi, ettei siinä selvennetä riittävästi Persideran väittämää sen kilpailijoiden kahden televisiokanavan toiminnan lainvastaisuutta. Tämä lainvastaisuus on lähtökohtana koko ennakkoratkaisupyynnölle: sekä ensimmäinen että toinen ennakkoratkaisukysymys koskevat nimenomaisesti sitä.

36. On myönnettävä, ettei Consiglio di Stato ennakkoratkaisupyynnön ole tältä osin malliesimerkki selkeydestä ja täsmällisyydestä. Olisi ollut toivottavaa, että ennakkoratkaisupyynnössä selvennetään konkreettisemmin ja jäsennellymmmin, mistä väitetty lainvastaisuus tarkasti ottaen johtuu ja miten se vaikuttaa. Tästä kuitenkin esitetään ennakkoratkaisupyynnössä ainoastaan hyvin niukasti tosiseikkoja ja oikeudellisia tietoja.

37. Katson kuitenkin, että ennakkoratkaisupyynnössä – sen kiistattomista puutteista huolimatta – esitetään riittävän selvästi, millaista lainvastaisuutta tarkoitetaan. Kuten jo molempien ennakkoratkaisukysymysten sanamuoto osoittaa, kyse on toiminnasta, joka on väitetysti ”keskittymiselle asetettujen rajoitusten vastaista”, ja siitä, että mainittujen kanavien ”toimintaa on harjoitettu ilman toimilupaa”.

38. Kuten asiakirja-aineistosta lisäksi ilmenee, nämä kaksi väitetysti lainvastaisesti toiminutta televisiokanavaa ovat yhtäältä valtiollisen televisioyhtiö Rain ylläpitämä RAI 3 -kanava ja toisaalta yksityisen Mediaset-konsernin Rete 4 -kanava. Persidera väittää lähinnä, että siirryttäessä analogisesta digitaaliseen televisioon näiden kahden kanavan huomioon ottaminen johti Rain ja Mediasetin perusteettomaan suosimiseen pienempiin kilpailijoihin nähden. Rai ja Mediaset saivat sen mukaan tällä tavalla enemmän digitaalisia taajuuksia kanavanippujen muodossa kuin niille olisi oikeasti kuulunut.

39. Unionin tuomioistuimella on näin ollen tästä seikasta käytettävissään riittävästi tietoja, jotta se voi antaa hyödyllisen vastauksen ennakkoratkaisukysymyksiin. Osoituksena tästä ovat etenkin myös huomautukset, joita useat menettelyn osapuolet ovat esittäneet käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuimessa.²⁷

²⁵ Tuomio 20.1.2005, García Blanco (C-225/02, EU:C:2005:34); tuomio 24.10.2013, Stoilov i Ko (C-180/12, EU:C:2013:693) ja määräys 14.10.2010, Reinke (C-336/08, EU:C:2010:604).

²⁶ Tuomio 7.9.1999, Beck ja Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, 22 kohta); tuomio 16.6.2015, Gauweiler ym. (C-62/14, EU:C:2015:400, 25 kohta); tuomio 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, 20 kohta) ja tuomio 21.12.2016, Vervloet ym. (C-76/15, EU:C:2016:975, 57 kohta).

²⁷ Ks. vastaavasti mm. tuomio 18.10.2011, Boxus ym. (C-128/09–C-131/09, C-134/09 ja C-135/09, EU:C:2011:667, 27 kohta).

40. Näin ollen on katsottava, että ennakkoratkaisupyyntö voidaan ottaa tutkittavaksi siltä osin kuin se koskee kahden televisiokanavan väitettyä lainvastaisuutta.

41. Tätä ei muuta myöskään se, että useat menettelyn osapuolet – nimittäin Rai, RTI ja Italian hallitus – väittävät painokkaasti, ettei RAI 3- ja Rete 4 -kanavan toimintaan liity todellisuudessa mitään lainvastaista. Vakiintuneen oikeuskäytännön²⁸ mukaan unionin tuomioistuimen on tukeuduttava pääasiassa merkityksellisten tosiseikkojen ja oikeudellisten seikkojen osalta pelkästään ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämään kuvaukseen, jonka oikeellisuutta se ei tutki,²⁹ vaikka tietyt menettelyn osapuolet – tässä: Rai, RTI ja Italia – kyseenalaistaisivatkin sen.

4. Välipäätelmä

42. Ennakkoratkaisupyyntöä ei voida näin ollen ottaa tutkittavaksi ainoastaan siltä osin kuin se koskee SEUT 56, SEUT 101, SEUT 102 ja SEUT 106 artiklaa. Muilta osin ennakkoratkaisupyyntö voidaan sitä vastoin ottaa tutkittavaksi.

B Ennakkoratkaisukysymysten sisällöllinen arviointi

43. Sekä pääasian tosiseikasto että sovellettava lainsäädäntö ovat huomattavan monimutkaisia. Valitettavasti eivät ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen eivätkä menettelyn osapuolten toteamukset valaisseet asiaa. Ne pikemminkin monimutkaistavat osaltaan tapausta tarpeettomasti ja vievät huomion olennaisesta.

44. Kuten edellä jo todettiin, käsiteltävää asiaa on tarkasteltava Italiassa toteutetun analogisesta digitaaliseen televisioon siirtymisen taustaa vasten, ja se valaisee oikeudellisesta näkökulmasta yhtä tämän siirtymän osa-alueita: käsiteltävä asia koskee yksinomaan niiden digitaalisten lähetystaajuuksien lukumäärän laskentaa, jotka oli jaettava jo aiemmin analogisilla televisiomarkkinoilla toimineille verkko-operaattoreille. Missä määrin näiden myönnettävien digitaalisten taajuuksien laskennassa voitiin ottaa huomioon sellaisten analogisten televisiokanavien määrä, joita kyseiset yritykset olivat siihen asti lähettäneet? Voitiinko laskelmassa ottaa huomioon väitetyt lainvastaisesti toimineet televisiokanavat (ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys), ja saiko tämä laskelma johtaa aritmeettisesti erilaisiin muuntosuhteisiin eri verkko-operaattorien tapauksessa (toinen ennakkoratkaisukysymys)?

45. Molemmat Consiglio di Stato esittämät kysymykset liittyvät nähdäkseni niin läheisesti toisiinsa, että niitä on paikallaan tarkastella yhdessä.

1. Merkitykselliset unionin oikeuden säännökset ja oikeusperiaatteet

46. Merkityksellisiä molempiin kysymyksiin vastaamisen kannalta ovat ensisijaisesti uuden yhteisen lainsäädäntökehyksen eri sekundaarioikeudelliset säännökset, nimittäin direktiivin 2002/21 8 ja 9 artikla, direktiivin 2002/20 3, 5 ja 7 artikla sekä direktiivin 2002/77 2 ja 4 artikla. Kaikki nämä säännökset ilmentävät yhdessä sitä, että jäsenvaltioilla on taajuuksien myöntämisessä tiettyä harkintavaltaa, jota käyttäessään niiden on kuitenkin noudatettava unionin oikeuden yleisiä periaatteita, jotka koskevat syrjimättömyyttä, avoimuutta ja oikeasuhteisuutta, ja niiden on tässä yhteydessä varmistettava myös taajuuksien tehokas hallinnointi ja käyttö ja otettava asianmukaisesti huomioon kilpailuperiaate ja tiedotusvälineiden moniarvoisuus.

²⁸ Ks. mm. tuomio 25.1.2011, Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, 41 kohta) ja tuomio 6.10.2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, 13 kohta).

²⁹ Vakiintunut oikeuskäytäntö, ks. esim. tuomio 13.10.2016, Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, 16 kohta) ja tuomio 31.1.2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, 56 kohta).

47. Mainittuja säännöksiä ja oikeusperiaatteita on noudatettava paitsi taajuuksien ensimmäisen kerran tapahtuvassa myöntämisessä myös kaikissa myöhemmissä menettelyissä – siis esimerkiksi nyt kyseessä olevassa siirtymisessä analogisista digitaalisiin taajuuksiin.³⁰ Uutta yhteistä lainsäädäntökehystä sovelletaan nimittäin yhtäältä kaikkiin tapahtumiin, joiden seurauksena myönnetään taajuuksia;³¹ muuten ei voitaisi saavuttaa unionin oikeudessa asetettua tavoitetta luoda pysyvästi tila, joka vastaa uuden yhteisen lainsäädäntökehityksen vaatimuksia. Toisaalta erityisesti siirtyminen digitaalitelevision uuteen teknologiaan johti todellisuudessa näiden uudentyypisten lähetystaajuuksien myöntämiseen ensimmäisen kerran.

48. Käsiteltävässä asiassa oli selvää ja ymmärrettävää, minkä menetelmän mukaisesti siihenastisten analogisten televisiotaajuuksien muuntaminen digitaalisiksi toteutettiin Italiassa. Ongelmana ei siten ole niinkään esimerkiksi muuntamisprosessin läpinäkyvyyden puute. Persidera katsoo pikemminkin joutuneensa Italian viranomaisten valitseman *muuntamismenetelmän* vuoksi *epäedulliseen asemaan* suurempiin kilpailijoihinsa – nimittäin Raihin ja Mediasetiin – nähden. Riita-asia koskee siis viime kädessä yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteita,³² joiden soveltamisessa myös muilla periaatteilla, joihin uusi yhteinen lainsäädäntökehys perustuu, ja oikeasuhteisuuden arvioinnilla on tietysti tärkeä asema.

49. Unionin oikeutta soveltaessaan jäsenvaltioiden on noudatettava sekä yhdenvertaisen kohtelun periaatetta että suhteellisuusperiaatetta, kuten kaikkia unionin oikeuden yleisiä oikeusperiaatteita.³³ Jäsenvaltiot eivät voi tukeutua asiaa koskevien direktiivien sellaiseen tulkintaan, joka olisi ristiriidassa unionin oikeuden yleisten periaatteiden kanssa.³⁴ Uudessa yhteisessä lainsäädäntökehityksessä muistutetaan tästä primaarioikeudessa määrätystä velvollisuudesta ja konkretisoidaan sitä puolestaan sekundaarioikeuden tasolla, nimittäin direktiivin 2002/21 8 artiklan 1 kohdassa, 9 artiklan 1 kohdan toisessa virkkeessä ja johdanto-osan 19 perustelukappaleessa, direktiivin 2002/20 5 artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa ja 7 artiklan 3 kohdassa sekä direktiivin 2002/77 2 artiklan 4 kohdassa ja 4 artiklan 2 alakohdassa.³⁵

2. Yhdenvertaisen kohtelun periaate

50. Unionin oikeuteen sisältyvä yhdenvertaisen kohtelun periaate, joka on sittemmin kirjattu myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 20 ja 21 artiklaan, edellyttää vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti perustella.³⁶

30 Vastaavasti tuomio 21.3.2013, Belgacom ym. (C-375/11, EU:C:2013:185, 37–39 kohta) direktiivin 2002/20 soveltamisesta jo jaettujen radiotaajuuksien käyttöoikeuksien uudistamiseen.

31 Tähän viitataan esimerkiksi direktiivin 2002/20 7 artiklan 2 kohdassa, jossa säädetään radiotaajuuksien käyttöä koskevien oikeuksien myöntämisestä ”lisää”.

32 Ks. näistä käsitteistä esim. tuomio 12.9.2006, Eman ja Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, 57 kohta); viitataan jäljempänä yksinkertaistamissyistä pelkästään yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen.

33 Ks. perustavasti unionin oikeuden yleisten oikeusperiaatteiden noudattamisesta tuomio 10.3.2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, 45 kohdan toinen virke) ja tuomio 26.4.2005, ”Goed Wonen” (C-376/02, EU:C:2005:251, 32 kohta); erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta tuomio 11.7.2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, 56 kohdan ensimmäinen ja toinen virke) sekä suhteellisuusperiaatteesta tuomio 10.3.2005, Tempelman ja van Schaijk (C-96/03 ja C-97/03, EU:C:2005:145, 46 kohta) ja tuomio 9.3.2010, ERG ym. (C-379/08 ja C-380/08, EU:C:2010:127, 86 kohta).

34 Tuomio 6.11.2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, 87 kohta); tuomio 26.6.2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone ym. (C-305/05, EU:C:2007:383, 28 kohdan toinen virke); tuomio 21.12.2011, NS (C-411/10 ja C-493/10, EU:C:2011:865, 77 kohta) ja tuomio 19.9.2013, Réexamen Commission v. Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, 40 kohta).

35 Direktiivin 2002/77 2 artiklan 4 kohdassa ja 4 artiklan 2 alakohdassa säädetään ”oikeasuhteisista” perusteista, millä kuitenkin pelkästään viitataan suhteellisuusperiaatteeseen.

36 Tuomio 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine ym. (C-127/07, EU:C:2008:728, 23 kohta); tuomio 14.9.2010, Akzo Nobel Chemicals ja Akros Chemicals v. komissio (C-550/07 P, EU:C:2010:512, 54 ja 55 kohta) ja tuomio 21.12.2016, Vervloet ym. (C-76/15, EU:C:2016:975, 74 kohta).

a) Erilainen kohtelu

51. Tilanteiden rinnastettavuutta on arvioitava muun muassa kulloisenkin toimen tavoitteen ja tarkoituksen valossa. Tässä yhteydessä on otettava huomioon sen sääntelyalan periaatteet ja tavoitteet, johon kyseinen toimi kuuluu.³⁷

52. Käsiteltävässä asiassa on siten erotettava Rai, Mediasetin ja Persideran tilanne niiden kahdeksan kanavanipun jakamisessa, jotka oli myönnettävä digitaalisten televisiotaajuuksien ensimmäisessä ryhmässä.³⁸ Kuten edellä jo todettiin, näillä taajuuksilla turvattiin televisiotarjonnan jatkuvuus, ja ne oli myönnettävä yksinomaan verkko-operaattoreille, joilla oli jo aiemmin valikoimassaan analogisia televisiokanavia.

53. Erityisesti näiden kahdeksan kanavanipun jakamisen ja sen tavoitteiden osalta Rai, Mediaset ja Persidera olivat, sikäli kuin on nähtävissä, täysin toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa: Kaikilla kolmella yrityksellä oli nimittäin jo siihen astikin ollut Italiassa analogisia televisiokanavia. Siten jokainen näistä yrityksistä saattoi hakea Italiassa laaditun radiotaajuussuunnitelman mukaisesti kahdeksan kanavanipun ensimmäisestä ryhmästä digitaalisia taajuuksia, joiden oli tarkoitus mahdollistaa se, että se voi jatkaa televisio-ohjelmiansa lähettämistä.

54. Tässä yhteydessä Rai, Mediasetia ja Persideraa ei varmastikaan kohdeltu eri tavalla *muodollisesti* tarkasteltuna. Kaikkiin Italian siihenastisiin analogisten televisiokanavien toiminnanharjoittajiin sovellettiin pikemminkin samaa muuntamismenetelmää. Sen mukaan kaikki verkko-operaattorit, jotka olivat jo siihen saakka tarjonneet analogisia televisiolähetyksiä, saivat vähintään yhden digitaalisen kanavanipun, ja ne, joilla oli siihen saakka ollut useita analogisia televisiokanavia, saivat yhden kanavanipun vähemmän kuin se määrä, johon ne olisivat oikeastaan olleet oikeutettuja analogisten kanaviensa lukumäärän perusteella.

55. Yhdenvertaisen kohtelun periaate käsittää kuitenkin paitsi muodollisen (suoran, välittömän) erilaisen kohtelun myös *aineellisen* (epäsuoran, välillisen) erilaisen kohtelun, jossa näennäisesti neutraalin perusteen soveltaminen vaikuttaa todellisuudessa haitallisesti erityisesti tiettyyn toimijaan tai toimijoiden ryhmään.³⁹

56. Käsiteltävässä asiassa mainittu muuntamismenetelmä vaikutti erityisellä tavalla Persideran (aiemmin TIMB) vahingoksi, koska sillä oli siihen saakka ollut ohjelmistossaan ainoastaan kaksi analogista televisiokanavaa eikä kolmea, kuten kummallakin suurella verkko-operaattorilla, Raiilla ja Mediasetillä. Rai ja Mediasetin tapauksessa muuntosuhteeksi tuli 66,67 prosenttia (niille myönnettiin kolmesta analogisesta televisiokanavasta kummallekin kaksi digitaalista kanavanippua), kun taas Persideran tapauksessa muuntosuhde oli ainoastaan 50 prosenttia (Persideran edeltäjälle TIMB:lle myönnettiin kahdesta analogisesta televisiokanavasta ainoastaan yksi digitaalinen kanavanippu).

57. Italiassa nykyisten analogisten lähetystaajuuksien muuntamisessa uusiksi digitaalisiksi taajuuksiksi käytetty menetelmä ei siten johtanut Persideran ilmeiseen erilaiseen kohteluun sen kumpaankin suurempaan kilpailijaan eli Raihin ja Mediasetiin nähden *muuntamismenetelmän* osalta mutta kylläkin tämän *muuntamisen lopputuloksen* osalta.

37 Tuomio 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine ym. (C-127/07, EU:C:2008:728, 25 ja 26 kohta); tuomio 1.3.2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats ym. (C-236/09, EU:C:2011:100, 29 kohta); tuomio 11.7.2013, Ziegler v. komissio (C-439/11 P, EU:C:2013:513, 167 kohta) ja tuomio 6.11.2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, 51 kohta).

38 Ks. tästä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 19 kohta.

39 Näin esimerkiksi syrjintäkiellon näkökulmasta työntekijöiden vapaan liikkuvuuden yhteydessä tuomio 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, 49 kohta). Muodollisen ja aineellisen syrjinnän käsiteparista ks. täydentävästi myös julkisasiamies Lagrangen ratkaisuehdotus Italia v. komissio (13/63, EU:C:1963:9) ja julkisasiamies VerLoren van Themaatin ratkaisuehdotus Seco ja Desquenne & Giral (62/81 ja 63/81, EU:C:1981:305).

b) Oikeuttaminen

58. Uusi yhteinen lainsäädäntökehys mahdollistaa nimenomaisesti sen, että kansalliset viranomaiset toteuttavat taajuuksien jakamisen ja käytön yhteydessä toimenpiteitä, joilla pyritään yleisen edun mukaisiin tavoitteisiin (ks. erityisesti direktiivin 2002/21 9 artiklan 1 kohdan toinen alakohta ja 4 kohdan toinen alakohta sekä direktiivin 2002/20 5 artiklan 1 kohdan viimeinen luetelmakohta ja 2 kohdan toinen alakohta).⁴⁰

59. Unionin tuomioistuimen menettelyssä esitettiin kuvatulle erilaiselle kohtelulle lähinnä kaksi oikeuttamisperustetta: Ensinnäkin Italian valtio on halunnut turvata televisiotarjonnan jatkuvuuden.⁴¹ Toiseksi oli mahdotonta soveltaa kuhunkin verkko-operaattoriin täsmälleen samaa muuntosuhdetta, koska taajuuksien jakamattomuuden vuoksi millekään yritykselle ei olisi voitu myöntää kanavanippujen murto-osia. Tarkastelen molempia tavoitteita jäljempänä erikseen ja tutkin näiden tavoitteiden saavuttamiseksi toteutettujen toimenpiteiden oikeasuhteisuutta.

60. Suhteellisuusperiaate, joka kuuluu unionin oikeuden yleisiin periaatteisiin, edellyttää, että toteutetuilla toimenpiteillä ei saa ylittää niitä rajoja, jotka johtuvat siitä, mikä on tarpeellista kyseessä olevalla säännöstöllä lainmukaisesti tavoiteltujen päämäärien toteuttamiseksi ja tähän soveltuva, eli silloin, kun on mahdollista valita usean tarkoituksenmukaisen toimenpiteen välillä, on valittava vähiten rajoittava, eivätkä toimenpiteistä aiheutuvat haitat saa olla liian suuria tavoiteltuihin päämääriin nähden.⁴²

61. Selkeästi elegantimmin mutta sisällöllisesti täysin yhtenevästi esimerkiksi ranskalaisten tuomioistuinten vakiintuneessa oikeuskäytännössä todetaan, että toimen on oltava ”sillä tavoiteltavaan päämäärään soveltuva, tarpeellinen ja oikeasuhteinen”.⁴³ Yhtä ytimekäs on Saksan oikeuskäytännössä käytetty muotoilu, jossa edellytetään, että perusoikeuksiin puuttumisella ”on oltava hyväksyttävä tavoite ja se on välineenä tämän tavoitteen saavuttamiseen sopiva, tarpeellinen ja asianmukainen” (”einem legitimen Zweck dient und als Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist”).⁴⁴

62. Koska käsiteltävässä asiassa on kyse tiedotusvälineiden vapaudesta ja moniarvoisuudesta eli yhdestä demokraattisessa yhteiskunnassa rinnakkaiselon perusarvoista (ks. myös perusoikeuskirjan 11 artiklan 2 kohta), oikeasuhteisuuden arvioinnille on asetettava tiukat perusteet.⁴⁵ Erilainen kohtelu voidaan siksi hyväksyä vain, jos se on ehdottoman välttämätöntä yleisen edun mukaisten tavoitteiden saavuttamiseksi johdonmukaisesti ja järjestelmällisesti.

40 Ks. lisäksi direktiivin 2009/140 johdanto-osan 36 perustelukappale.

41 Rai viittaa lisäksi erityiseen velvoitteeseensa tarjota yleishyödyllisiä palveluja. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei kuitenkaan käsittele tätä näkökohtaa erityisesti, minkä vuoksi en myöskään tarkastele sitä lähemmin jäljempänä. Tyydyn tältä osin viittaamaan siihen, että toteamuksiani televisiotarjonnan jatkuvuuden turvaamisesta ja erityisesti oikeasuhteisuudesta voidaan soveltaa myös taajuuksien myöntämiseen yleishyödyllisten palvelujen turvaamiseksi.

42 Tuomio 11.7.1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, 21 kohta); tuomio 3.7.2003, Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, 76 kohta) ja tuomio 10.3.2005, Tempelman ja van Schaijk (C-96/03 ja C-97/03, EU:C:2005:145, 47 kohta); vastaavasti tuomio 9.3.2010, ERG ym. (C-379/08 ja C-380/08, EU:C:2010:127, 86 kohta) ja tuomio 16.6.2015, Gauweiler ym. (C-62/14, EU:C:2015:400, 67 ja 91 kohta).

43 Alkuperäisessä ranskankielisessä toisinnossa: ”adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu’elle poursuit”; ks. esim. Conseil constitutionnelin 22.12.2015 tekemä päätös nro 2015-527 QPC (FR:CC:2015:2015.527.QPC, 4 ja 12 kohta) ja 19.2.2016 tekemä päätös nro 2016-536 QPC (FR:CC:2016:2016.536.QPC, 3 ja 10 kohta); vastaavasti Conseil d’État’n 26.10.2011 antama tuomio nro 317827 (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

44 Ks. esim. Saksan Bundesverfassungsgerichtin uudempi oikeuskäytäntö, esim. BVerfGE 120, 274 ja 318– (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr 037007, 218 kohta). Tässä yhteydessä ”asianmukainen” on synonyymi ilmaisulle ”oikeasuhteinen suppeammassa merkityksessä”.

45 Vastaavasti tuomio 8.4.2014, Digital Rights Ireland ym. (C-293/12 ja C-594/12, EU:C:2014:238, 47 kohta), jossa unionin tuomioistuin tähdentää, että unionin lainsäätäjän harkintavallan laajuus voi osoittautua rajoitetuksi tiettyjen seikkojen vuoksi, joita ovat muun muassa kyseinen ala, perusoikeuskirjassa taatun oikeuden luonne, puuttumisen luonne ja vakavuus sekä sen päämäärä.

i) Televisiotarjonnan jatkuvuuden turvaaminen

63. Kun tarkastellaan televisiotarjonnan jatkuvuuden turvaamista, kyse on oikeutetusta edusta, johon kansalliset viranomaiset voivat tukeutua radiotaajuussuunnitelmaansa laatiessaan.

64. Mainitun jatkuvuuden tarkoituksena on etenkin suojella kuluttajaa, mikä mainitaan näkyvästi muun muassa direktiivin 2002/21 johdanto-osan kuudennessa perustelukappaleessa ja mikä ilmenee lisäksi edellytyksestä ”tarjota käyttäjille mahdollisimman suuri hyöty” (direktiivin 2002/20 7 artiklan 1 kohdan a alakohta). Näin tehdään kuluttajille helpommaksi käyttää perusoikeuttaan tiedonvälityksen vapautteen (perusoikeuskirjan 11 artiklan 1 kohdan toinen virke) mutta myös tyydyttää kulttuurisia tarpeitaan, kun heillä on edelleen käytettävissään tutut televisiokanavat huolimatta siirtymisestä analogisesta digitaaliseen televisioon.

65. Tälle televisiotarjonnan jatkuvuudelle voi tehdä ihan hyvää, jos toimivaltaiset kansalliset viranomaiset varaavat yhden digitaalisten kanavanippujen ryhmän niille verkko-operaattoreille, joilla oli jo aiemmin valikoimassaan analogisia televisiokanavia, ja huolehtivat siitä, että ne kukin saavat riittävästi digitaalisia taajuuksia voidakseen jatkaa siihenastista analogista tarjontaansa digitaalisessa muodossa.

66. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan toimenpide on kuitenkin omiaan takaamaan esiin tuodun tavoitteen toteutumisen vain, jos se tosiasiallisesti vastaa tavoitteeseen johdonmukaisella ja järjestelmällisellä tavalla.⁴⁶

67. Jos pääasiassa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen – mahdollisesti vastaisuudessa tekemien – toteamusten perusteella osoittautuisi, että Rai ja Mediaset saivat liikaa taajuuksia, kun niille kummallekin myönnettiin kolme kanavanippua, koska ne saivat enemmän digitaalisia taajuuksia kuin olisi ollut välttämätöntä niiden siihenastisten analogisten televisiokanavien toiminnan jatkamiseksi,⁴⁷ kun taas Persidera sai digitaalisia taajuuksia vähemmän kuin se olisi tarvinnut tai sitä ei ainakaan kohdeltu yhtä anteliaasti, Italian viranomaisten soveltama muuntamismenetelmä ei olisi johdonmukainen, ja eikä sitä voitaisi tällöin pitää oikeasuhteisena.

68. Se, että molemmat markkinajohtajat eli Rai ja Mediaset olisivat saaneet liikaa taajuuksia, olisi lisäksi kilpailuperiaatteen vastaista. Uuden yhteisen lainsäädäntökehyksen perusteisiin kuuluu nimittäin kilpailun edistäminen (ks. erityisesti direktiivin 2002/20 7 artiklan 1 kohdan a alakohta ja direktiivin 2002/21 8 artiklan 2 kohta)⁴⁸ ja kilpailun vääristymisen välttäminen sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla (ks. erityisesti direktiivin 2002/20 5 artiklan 6 kohta ja direktiivin 2002/21 8 artiklan 2 kohdan b alakohta) samoin kuin pyrkimykset edistää tiedotusvälineiden moniarvoisuutta (ks. tästä direktiivin 2002/21 8 artiklan 1 kohdan kolmas alakohta, 9 artiklan 4 kohdan toisen alakohdan d alakohta ja johdanto-osan kuudes perustelukappale, lisäksi perusoikeuskirjan 11 artiklan 2 kohta). Kilpailuperiaate ja tiedotusvälineiden moniarvoisuus näkyvät hyvin konkreettisesti unionin oikeudessa taatussa vapaudessa tarjota sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja (direktiivin 2002/20 3 artiklan 1 kohta ja direktiivin 2002/77 2 artiklan 2 kohta). Tässä

⁴⁶ Tuomio 10.3.2009, Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141, 55 kohta); tuomio 17.11.2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, 42 kohta) ja tuomio 13.7.2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, 34 kohta). Tämän perusoikeuksista annetun oikeuskäytännön on pädeittävä myös johdettuun oikeuteen sisältyvään uuteen yhteiseen lainsäädäntökehykseen, etenkin kun se muun muassa palvelee perusvapauksien toteutumista.

⁴⁷ Sekä unionin tuomioistuimen kirjallisissa että suullisissa menettelyissä useat menettelyn osapuolet ovat huomauttaneet, että digitaalisilla taajuuksilla voidaan lähettää samanaikaisesti useita televisio-ohjelmia. Kyse oli digitaalisen kanavanipun käyttämisestä neljän, jopa kuuden tällaisen ohjelman lähettämiseen siirron laadusta riippuen. Näin ollen herää kysymys, eikö jo yhden ainoan digitaalisen kanavanipun jakaminen olisi riittänyt siihen, että Rai ja Mediaset pystyvät jatkamaan siihenastista televisiotarjontaansa, joka käsitti menettelyn osapuolten antamien tietojen mukaan kummallakin toimijalla kolme analogista kanavaa. Rai ja Mediaset torjuivat istunnossa tällaisen näkemyksen. On viime kädessä kansallisen tuomioistuimen asia esittää tästä problematiikasta kaikki soveltuvat tosiseikkoja koskevat toteamukset ja tehdä niistä tarvittavat päätelmät. Sen on tässä yhteydessä otettava huomioon, että käsiteltävässä asiassa riidanalaisten, ensimmäiseen ryhmään kuuluvien digitaalisten taajuuksien tarkoituksena oli pelkästään mahdollistaa siihenastisen televisiotarjonnan *jatkaminen* eikä esimerkiksi sen *kehittäminen* tai perustava *parantaminen* (lukuun ottamatta parannusta, joka voi seurata jo digitaaliseen lähetystekniikkaan siirtymisestä).

⁴⁸ Ks. myös tuomio 23.4.2015, komissio v. Bulgaria (C-376/13, EU:C:2015:266, 69 kohta).

yhteydessä kansalliset viranomaiset ovat nimenomaisesti velvollisia varmistamaan, ettei radiotaajuuksien käyttöoikeuksien kerääminen vääristä kilpailua (direktiivin 2002/20 5 artiklan 6 kohdan toinen virke), ja ne voivat toteuttaa toimenpiteitä taajuuksien varastoon keräämisen estämiseksi (direktiivin 2002/21 9 artiklan 7 kohta).

69. Jos näille kahdelle selvästi suurimmalle Italian televisiomarkkinoilla toimivalle yritykselle – Raille ja Mediasetille – kuitenkin jaetaan enemmän digitaalisia kanavanippuja kuin olisi välttämätöntä niiden siihenastisen analogisen televisiotarjonnan jatkamiseksi, tämä on omiaan johtamaan taajuuksien kerääntymiseen molempien markkinajohtajien käsiin ja vahvistamaan entisestään niiden jo muutenkin merkittävää kilpailuasemaa pienempiin kilpailijoihinsa nähden,⁴⁹ mikä yleensä rajoittaa kuluttajien valinnanmahdollisuuksia ja johtaa viime kädessä myös tiedotusvälineiden moniarvoisuuden heikentymiseen.

70. Kilpailuperiaatetta loukattaisiin erityisen merkittävästi, jos ennakkoratkaisupyynnössä nimenomaisesti esitetty Consiglio di Stato oletama, jonka mukaan muunnettaessa analogisia televisiotaajuuksia digitaalisiksi Rai ja Mediasetin hyväksi otettiin huomioon myös kaksi laittomasti toimivaa televisiokanavaa – RAI 3 ja Rete 4 –, pitää paikkansa.⁵⁰ Tällöin Rai ja Mediasetin, jotka ovat molemmat markkinajohtajia Italiassa, olisi nimittäin kiitettävä erityisen suotuisasta muuntosuhteestaan, joka oli 66,67 prosenttia (kaksi digitaalista kanavanippua jokaista kolmea analogista televisiokanavaa kohti), viime kädessä lainvastaista menettelyä. Tällaista etumatkaa, joka perustuisi viime kädessä ainoastaan lainvastaisen tilanteen jatkamiseen, olisi kuitenkin pidettävä kilpailun vastaisena.

71. Unionin tuomioistuimen määrittämän tavoitteen – jona on edistää kilpailua sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla ja vahvistaa tiedotusvälineiden moniarvoisuutta – kanssa olisi täysin ristiriidassa sekä se, että digitaalisia taajuuksia myönnettiin mahdollisesti liikaa Raille ja Mediasetille, että se, että lainvastaisesti toimineet televisiokanavat otettiin mahdollisesti huomioon muunnettaessa analogisia taajuuksia digitaalisiksi.

72. Tässä tilanteessa televisiotarjonnan jatkuvuuden turvaamista ei voitaisi käyttää oikeuttamisperusteena yhtäältä Rai ja Mediasetin ja toisaalta Persideran erilaiselle kohtelulle.

ii) Taajuuksien jakamattomuuden säilyttäminen

73. Kun tarkastellaan puolestaan taajuuksien jakamattomuutta, kyse on rajoituksesta, joka voitiin ja täytyi ottaa myös huomioon asian luonteen vuoksi, kun siirryttiin vanhasta, analogisten lähetystaajuuksien järjestelmästä uuteen, digitaalisten taajuuksien järjestelmään. Murto-osien välttäminen taajuuksia myönnettäessä on osatekijä televisiotaajuuksien tehokkaassa hallinnoinnissa ja käytössä, joihin jäsenvaltioiden on pyrittävä ja jotka niiden on varmistettava direktiivin 2002/21 8 artiklan 2 kohdan d alakohdan, 9 artiklan 1 kohdan ja 4 kohdan toisen alakohdan c alakohdan sekä direktiivin 2002/20 5 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan, 5 kohdan ja 6 kohdan ensimmäisen virkkeen mukaisesti.

74. Kolmannen digitaalisen kanavanipun myöntäminen Raille ja Mediasetille oli kiistatta omiaan johtamaan siihen, että ensimmäiseen ryhmään kuuluvat kahdeksan käytettävissä olevaa kanavanippua jaettiin niiden jakamattomuus säilyttäen kokonaisina kaikkien niihin oikeutettujen verkko-operaattoreiden kesken.

49 Ks. tästä myös tuomio 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, 98 ja 99 kohta), jossa korostetaan, että toimenpiteet, jotka vaikuttavat siten, että kansallisten markkinoiden rakenne on jähmettynyt ja että kyseisillä markkinoilla jo toimivien kansallisten toimijoiden asemaa on suojattu, ovat uuden yhteisen lainsäädäntökehityksen direktiivien vastaisia.

50 Unionin tuomioistuimen asia ennakkoratkaisupyynnömenettelyssä ei ole arvioida sitä, toimivatko RAI 3- ja Rete 4 -televisiokanavat aiemmin tai edelleen tosiasiaa laittomasti. Tässä ennakkoratkaisupyynnömenettelyssä unionin tuomioistuimen on kuitenkin otettava lähtökohdaksi Consiglio di Stato esittämät oletamat ja otettava ne arviointinsa perustaksi.

75. Mainittu kolmannen digitaalisen kanavanipun jakaminen Raille ja Mediasetille ei kuitenkaan ollut ainoa mahdollisuus säilyttää taajuuksien jakamattomuus. Tämä seikka olisi pikemminkin voitu ottaa huomioon myös muilla menettelytavoilla, joilla ei olisi ollut yhtä haitallisia vaikutuksia kilpailuun.

76. Italian viranomaiset olisivat etenkin voineet myöntää mahdollisia ylimääräisiä kanavanippuja ensimmäisestä ryhmästä⁵¹ puolueettomien perusteiden mukaisesti sille verkko-operaattorille tai niille verkko-operaattoreille, joka olisi tai jotka olisivat voineet parhaiten käyttää näitä taajuuksia kilpailun vahvistamiseksi ja siihenastisen analogisen televisiotarjontansa jatkamiseksi. Ei suinkaan ole selvää, että markkinajohtajat Rai ja Mediaset olisivat olleet tällaisia toimijoita.

77. Vaihtoehtoisesti Italian viranomaiset olisivat voineet mahdollisesti – jollei ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toteamuksista muuta johdu – jakaa ylimääräiset kanavaniput ensimmäisestä ryhmästä useille verkko-operaattoreille yhteiseen käyttöön sen perusteella, että jokainen näistä verkko-operaattoreista voisi käyttää siihen sisältyviä digitaalisia taajuuksia tiettyinä, etukäteen määritettyinä viikonpäivinä tai tiettyinä, etukäteen määritettyinä kellonaikoina televisio-ohjelmien lähettämiseen.

78. Kun otetaan huomioon kaikkien menettelyn osapuolten yhtenevä väite, jonka mukaan jokainen digitaalinen kanavanippu mahdollistaa useiden televisio-ohjelmien lähettämisen, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on lisäksi tutkittava, eikö voisi olla mahdollista käyttää yhtä ja samaa kanavanippua eri palveluntarjoajien useiden televisio-ohjelmien lähettämiseen.

79. Joka tapauksessa on todettava, ettei taajuuksien jakamattomuuden säilyttäminen riitä oikeuttamisperusteeksi nyt riidanalaisen kaltaiselle yhtäältä Rai ja Mediasetin ja toisaalta Persideran erilaiselle kohtelulle.

VI Ratkaisuehdotus

80. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Consiglio di Staton esittämään ennakkoratkaisupyyntöön seuraavasti:

Direktiivin 2002/21 8 ja 9 artikla, direktiivin 2002/20 3, 5 ja 7 artikla sekä direktiivin 2002/77 2 ja 4 artikla ovat esteenä digitaalisten televisiotaajuuksien myöntämisessä käytetylle kansalliselle menetelmälle, josta seuraa, että molemmat markkinajohtajat saavat suhteessa siihenastisten analogisten televisiokanaviensa määrään enemmän digitaalisia taajuuksia kuin niiden pienemmät kilpailijat, ellei tällainen menettely ole oikeutettua yleisen edun mukaisten hyväksyttävien tavoitteiden saavuttamiseksi.

Tällaisiin hyväksyttäviin tavoitteisiin kuuluvat televisiotarjonnan jatkuvuuden turvaaminen ja televisiotaajuuksien jakamattomuuden säilyttäminen. Näihin tavoitteisiin perustuvan verkko-operaattoreiden erilaisen kohtelun on kuitenkin rajoituttava tiukasti siihen, mikä on välttämätöntä kyseisten kolmen direktiivin perustana olevien kilpailuperiaatteen ja tiedotusvälineiden moniarvoisuuden valossa, jotta mainitut tavoitteet voidaan saavuttaa johdonmukaisesti ja järjestelmällisesti.

Kilpailuperiaate jätettäisiin huomiotta erityisen vakavalla tavalla, jos kansallisessa menetelmässä digitaalisten televisiotaajuuksien myöntämiseksi molemmille markkinajohtajille annettaisiin enemmän digitaalisia taajuuksia kuin niiden pienemmille kilpailijoille ottamalla huomioon siihen asti laittomasti toimineet analogiset televisiokanavat.

51 Ks. tästä vielä edellä tämän ratkaisuehdotuksen 19 kohta.