



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
JULIANE KOKOTT  
przedstawiona w dniu 30 marca 2017 r.<sup>1</sup>

### Sprawa C-112/16

**Persidera SpA**  
**przeciwko**  
**Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni i**  
**Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Sieci i usługi łączności elektronicznej – Dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/77/WE – Proces przejścia z telewizji analogowej na cyfrową – Ustalenie liczby częstotliwości cyfrowych przysługujących każdemu posiadaczowi częstotliwości analogowych – Uwzględnienie dotychczas nielegalnie użytkowanych częstotliwości analogowych – Stosunek przekształcenia – Współczynnik przeliczeniowy – Równe traktowanie, niedyskryminacja i proporcjonalność

### I. Wprowadzenie

1. W dzisiejszych czasach nie sposób przecenić tego, jak fundamentalną rolę odgrywają różnorodność i integralność mediów w ramach wolnego, demokratycznego społeczeństwa. Obecnie w szczególności sieci i usługi łączności elektronicznej są na co dzień praktycznie powszechnie używane i stały się już nieodzowne dla funkcjonowania nowoczesnej demokracji, a także dla edukacji ludności i życia kulturalnego Europy. Równocześnie wielokrotnie okazuje się, jak kruche i problematyczne mogą być mechanizmy, na których opierają się takie sieci i usługi.

2. W mediach we Włoszech w ostatnich dekadach wielokrotnie miały miejsce gorące debaty na temat pluralizmu w telewizji. Dlatego nie należy się dziwić, że także proces przejścia z telewizji analogowej na cyfrową doprowadził tam do sporów dotyczących kwestii sprawiedliwego przydziału nowych cyfrowych częstotliwości telewizyjnych.

3. W niniejszym przypadku chodzi w szczególności o przydział tych częstotliwości telewizyjnych, które zostały wyraźnie zarezerwowane przez państwo dla kontynuacji istniejących analogowych kanałów telewizyjnych. Persidera (dawniej Telecom Italia Media Broadcasting – zwana dalej „TIMB”)<sup>2</sup>, jeden z włoskich operatorów sieci, uważa, że w ramach przekształcania częstotliwości analogowych w cyfrowe została potraktowana gorzej niż jej konkurenci, tj. liderzy rynku Rai i Mediaset.

<sup>1</sup> Język oryginału: niemiecki.

<sup>2</sup> Przed ostatecznym przekształceniem w telewizję cyfrową Persidera – względnie TIMB, jako jej poprzedniczka prawna – użytkowała we Włoszech dwa analogowe („La 7” i „MTV”) oraz dwa cyfrowe („TIMB1” i „MBONE”) kanały telewizyjne.

4. Zadanie Trybunału w tym wypadku polega na wyjaśnieniu, jakie wymogi stawia prawo Unii odnośnie do sprawiedliwego przydziału częstotliwości. Trzeba będzie przy tym wziąć pod uwagę, iż w kwestii spornej obecnie metody przydziału przez Republikę Włoską częstotliwości powinna była ona zwłaszcza uwzględnić wątpliwości Komisji Europejskiej, wyrażone w toku postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego<sup>3</sup>, a także wyroku wydanego w trybie prejudycjalnym<sup>4</sup>.

5. Miarodajne dla oceny tej problematyki są obowiązujące od 2002 roku „nowe wspólne ramy regulacyjne”, które tworzy kilka dyrektyw prawodawcy unijnego, a także ogólne zasady prawa Unii.

6. Niniejsze postępowanie w sprawie C-112/16 jest ściśle powiązane z postępowaniem prejudycjalnym w sprawie C-560/15, w ramach którego dzisiaj również przedkładam moją opinię. Podniesione tam kwestie prawne dotyczą wprawdzie zasadniczo tych samych przepisów i zasad prawa Unii, nie dotyczą jednak spornej tutaj kwestii przekształcania starych analogowych częstotliwości w nowe cyfrowe i również w pozostałych aspektach poruszają wyraźnie inne problemy prawne.

## II. Ramy prawne

7. Ramy prawa Unii w tej sprawie określają trzy dyrektywy z 2002 roku w sprawie sieci i usług łączności elektronicznej, które łącznie składają się na „nowe ramy regulacyjne, wspólne dla usług łączności elektronicznej, sieci łączności elektronicznej oraz dla urządzeń i usług towarzyszących”: dyrektywa ramowa (dyrektywa 2002/21/WE)<sup>5</sup>, dyrektywa o zezwoleniach (dyrektywa 2002/20/WE)<sup>6</sup> oraz dyrektywa w sprawie konkurencji (dyrektywa 2002/77/WE)<sup>7</sup>. Pierwsze dwie z wymienionych powyżej dyrektyw obowiązują w brzmieniu nadanym im dyrektywą 2009/140/WE<sup>8</sup>.

### A. Dyrektywa ramowa (dyrektywa 2002/21)

8. Na wstępie należy wskazać na motywy 6 i 19 dyrektywy 2002/21, których fragmenty mają następujące brzmienie:

„(6) Polityka audiowizualna oraz uregulowania prawne dotyczące treści programów będą wprowadzane przy uwzględnieniu ogólnych interesów, takich jak wolność słowa, pluralizm mediów, bezstronność, różnorodność kulturowa i lingwistyczna, społeczna asymilacja, ochrona konsumenta oraz małoletnich [...].

[...]

(19) Częstotliwości radiowe stanowią istotny substrat radiowych usług łączności elektronicznej i w tym zakresie, jeżeli chodzi o takie usługi, częstotliwości te winny być rozdzielane i przyznawane przez krajowe organy regulacyjne, zgodnie z określonymi zharmonizowanymi celami oraz zasadami

3 Postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nr 2005/5086 (zob. komunikaty prasowe Komisji nr IP/06/1019 z dnia 19 lipca 2006 r. i IP/07/1114 z dnia 18 lipca 2007 r.); postępowanie to, w ramach którego Komisja w lipcu 2007 r. wystosowała uzasadnioną opinię w rozumieniu art. 258 ust. 1 TFUE (dawniej art. 226 ust. 1 WE), do dnia dzisiejszego nie zostało zakończone.

4 Wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

5 Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa, Dz.U. 2002, L 108, s. 33).

6 Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach, Dz.U. 2002, L 108, s. 21).

7 Dyrektywa Komisji 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa w sprawie konkurencji, Dz.U. 2002, L 249, s. 21).

8 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. 2009, L 337, s. 37; sprostowanie Dz.U. 2013, L 241, s. 8).

dotyczącymi ich działania, jak również według obiektywnych, jawnych i niedyskryminujących kryteriów, przy uwzględnieniu demokratycznych, społecznych, językowych i kulturowych interesów związanych z użytkowaniem częstotliwości”.

9. Ponadto pod tytułem „Cele prowadzonej polityki oraz zasady prawne” w art. 8 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/21 stwierdzono między innymi:

„1. Państwa członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne, wypełniając swoje zadania wynikające z postanowień niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych, podejmowały stosowne środki zmierzające do realizacji celów określonych w ust. 2, 3 oraz 4. Takie środki winny być proporcjonalne do celów, jakie mają zostać osiągnięte.

[...]

2. Krajowe organy regulacyjne będą wspierać konkurencję w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń towarzyszących i usług, m.in.:

[...]

b)

zapewniając, aby nie było zakłóceń lub ograniczeń konkurencji w sektorze łączności elektronicznej, w tym w dziedzinie transmisji treści;

[...]

d) wspierając skuteczne wykorzystywanie oraz zarządzanie radiowymi częstotliwościami i zasobami numeracyjnymi”.

10. Dodatkowo art. 9 dyrektywy 2002/21 zawiera poniższe regulacje dotyczące „[z]arządzani[a] częstotliwościami radiowymi do celów świadczenia usług łączności elektronicznej”:

„1. W należyтым stopniu uwzględniając fakt, że częstotliwości radiowe są dobrem publicznym, które ma istotną wartość społeczną, kulturalną i ekonomiczną, państwa członkowskie zapewniają efektywne zarządzanie częstotliwościami radiowymi do celów świadczenia usług łączności elektronicznej na ich terytorium zgodnie z art. 8 i 8a. Zapewniają także, aby przydział widma na użytek usług łączności elektronicznej i wydawanie zezwoleń ogólnych lub indywidualnych praw do użytkowania takich częstotliwości radiowych przez właściwe organy krajowe odbywały się według obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych kryteriów.

Stosując ten artykuł, państwa członkowskie przestrzegają odpowiednich umów międzynarodowych, w tym regulacji radiowych ITU, oraz mogą brać pod uwagę względy polityki publicznej.

[...]

4. [...]Środki, które wymagają świadczenia usług w określonym paśmie dostępnym dla usług łączności elektronicznej, są uzasadnione koniecznością realizacji celu leżącego w interesie ogólnym, określonego przez państwo członkowskie zgodnie z prawem wspólnotowym, w szczególności takiego jak:

a) bezpieczeństwo życia;

b) wspieranie spójności społecznej, regionalnej lub terytorialnej;

c) unikanie nieefektywnego wykorzystywania częstotliwości radiowych; lub

d) promowanie różnorodności kulturowej i językowej oraz pluralizmu mediów, na przykład poprzez świadczenie nadawczych usług radiowych i telewizyjnych.

[...]

7. Bez uszczerbku dla przepisów dyrektyw szczegółowych państwa członkowskie mogą – uwzględniając określone warunki krajowe – ustanowić zasady zapobiegania przetrzymywaniu widma, zwłaszcza przez wyznaczenie ścisłych terminów na skuteczne wykorzystanie przez posiadaczy przyznanym im praw oraz przez stosowanie kar, w tym sankcji finansowych lub cofnięci[a] praw do użytkowania w razie nieprzestrzegania tych terminów. Zasady te są ustalane i stosowane w sposób proporcjonalny, niedyskryminacyjny i przejrzysty”.

## **B. Dyrektywa o zezwoleniach (dyrektywa 2002/20)**

11. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2002/20 zawiera następujące regulacje odnośnie do „[o]gólne[go] zezwoleni[a] na sieci i usługi łączności elektronicznej”:

„Państwa członkowskie powinny zapewnić swobodę w zakresie dostępu do sieci i świadczenia usług łączności elektronicznej, na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie. W tym celu państwa członkowskie nie będą utrudniać przedsiębiorstwu dostępu do sieci ani świadczenia usług w zakresie łączności elektronicznej, chyba że jest niezbędne z przyczyn określonych w art. 46 ust. 1 traktatu”.

12. W art. 5 dyrektywy 2002/20 zawarte zostały między innymi poniższe regulacje dotyczące „[p]raw[a] użytkowania częstotliwości radiowych i numerów”:

„1. Państwa członkowskie ułatwiają korzystanie z częstotliwości radiowych na podstawie ogólnych zezwoleń. W razie potrzeby państwa członkowskie mogą przyznać indywidualne prawa w celu:

[...]

— realizacji innych celów leżących w interesie ogólnym określonych przez państwa członkowskie zgodnie z prawem wspólnotowym.

2. W przypadku gdy konieczne jest przyznanie indywidualnych praw użytkowania częstotliwości radiowych i numerów, państwa członkowskie przyznają takie prawa – na wniosek – każdemu przedsiębiorstwu w związku z dostarczaniem sieci lub usług na podstawie ogólnego zezwolenia, o którym mowa w art. 3, z zastrzeżeniem przepisów art. 6, 7 i art. 11 ust. 1 lit. c) niniejszej dyrektywy oraz wszelkimi innymi przepisami zapewniającymi skuteczne wykorzystanie tych zasobów zgodnie z przepisami dyrektywy 2002/21/WE (dyrektyw[y] ramow[ej]).

Bez uszczerbku dla szczegółowych kryteriów i procedur przyjętych przez państwa członkowskie w celu przyznawania praw użytkowania częstotliwości radiowych dostawcom usług radiowych lub telewizyjnych, aby osiągnąć cele leżące w interesie ogólnym zgodnie z prawem wspólnotowym, prawa użytkowania częstotliwości radiowych i numerów są przyznawane w oparciu o otwarte, obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne procedury, a w przypadku częstotliwości radiowych – zgodnie z przepisami art. 9 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektyw[y] ramow[ej]). Wyjątek od stosowania wymogu otwartych procedur może mieć zastosowanie w przypadkach, gdy przyznanie indywidualnych praw użytkowania częstotliwości radiowych dostawcom usług radiowych lub telewizyjnych jest konieczne do osiągnięcia celu leżącego w interesie ogólnym, określonego przez państwa członkowskie zgodnie z prawem wspólnotowym.

[...]

5. Państwa członkowskie nie ograniczają liczby praw użytkowania, które mają zostać przyznane, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to niezbędne do zapewnienia skutecznego wykorzystania częstotliwości radiowych zgodnie z art. 7.

6. Właściwe organy krajowe zapewniają skuteczne i efektywne użytkowanie częstotliwości radiowych zgodnie z art. 8 ust. 2 i art. 9 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektyw[y] ramow[ej]). Zapewniają one, aby w wyniku przekazania lub gromadzenia praw użytkowania częstotliwości radiowych nie występowało zakłócenie konkurencji”.

13. Ponadto odnośnie do „[p]rocedur[y] ograniczania liczby praw użytkowania, które mają zostać przyznane dla częstotliwości radiowych” art. 7 dyrektywy 2002/20 stanowi:

„1. Państwo członkowskie rozważające, czy ograniczyć liczbę praw użytkowania, które mają zostać przyznane dla częstotliwości radiowych, lub czy wydłużyć okres obowiązywania istniejących praw inaczej niż zgodnie z określonymi w nich warunkami, powinno między innymi:

a) rozważyć odpowiednio potrzebę zwiększenia korzyści dla użytkowników oraz umożliwić rozwój konkurencji;

[...]

3. W przypadku gdy należy ograniczyć przyznawanie praw użytkowania częstotliwości radiowych, państwa członkowskie przyznają takie prawa według kryteriów selekcji, które muszą być obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne oraz proporcjonalne. Każde takie kryterium wyboru musi przyznawać odpowiednią wagę celom określonym w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektyw[y] ramow[ej]) i wymaganiom zawartym w art. 9 tej dyrektywy.

[...]”.

### **C. Dyrektywa w sprawie konkurencji (dyrektywa 2002/77)**

14. Artykuł 2 dyrektywy 2002/77, zatytułowany „Prawa wyłączne i specjalne w odniesieniu do sieci łączności elektronicznej i usług łączności elektronicznej”, zawiera między innymi następujące przepisy:

„[...]

2. Państwa członkowskie podejmują wszelkie środki niezbędne do zapewnienia, aby każde przedsiębiorstwo było uprawnione do świadczenia usług łączności elektronicznej lub do utworzenia, rozszerzenia lub zapewnienia sieci łączności elektronicznej.

[...]

4. Państwa członkowskie zapewniają, aby ogólne zezwolenie udzielone przedsiębiorstwu na świadczenie usług łączności elektronicznej lub utworzenie lub zapewnienie sieci łączności elektronicznej, jak również aby warunki związane z tym zezwoleniem opierały się na obiektywnych, niedyskryminacyjnych, proporcjonalnych i przejrzystych kryteriach.

[...]”.

15. Natomiast art. 4 dyrektywy 2002/77 zawiera następującą regulację dotyczącą „[p]raw[a] do wykorzystywania częstotliwości”:

„Bez uszczerbku dla szczególnych kryteriów i procedur przyjętych przez państwa członkowskie w odniesieniu do przyznawania praw do wykorzystywania [praw do użytkowania] częstotliwości radiowych dostawcom usług w dziedzinie nadawania programów radiowych lub telewizyjnych, mając na celu realizowanie celów o interesie ogólnym zgodnie z prawem wspólnotowym:

[...]

2. przydzielanie częstotliwości w odniesieniu do usług łączności elektronicznej opiera się na obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych oraz proporcjonalnych kryteriach”.

### III. Stan faktyczny i postępowanie główne

16. Proces przejścia z telewizji analogowej na cyfrową we Włoszech wymagał zastosowania procedury przydziału nowych cyfrowych częstotliwości nadawczych, które są bardziej wydajne niż analogowe<sup>9</sup>. W tym celu Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>10</sup> (AGCOM) w dniu 7 kwietnia 2009 r. wydał uchwałę 181/09/CONS<sup>11</sup>, w której zawarł kryteria pełnej cyfryzacji sieci naziemnych i zarazem ustanowił mechanizm przyznawania wymaganych do tego częstotliwości. Uchwała ta wydana została w kontekście toczącego się postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego<sup>12</sup>, w ramach którego Komisja Europejska zwracała uwagę na fakt, iż Włochy nie mogą przy przyznawaniu swoich cyfrowych częstotliwości faworyzować działających dotychczas na rynku oferentów analogowych kanałów telewizyjnych.

17. Odtąd przewidziano przydział cyfrowych częstotliwości w formie 21 tak zwanych multipleksów do ogólnokrajowej transmisji naziemnej<sup>13</sup>. Jeden multipleks umożliwia przy tym łączenie różnych sygnałów audio, wideo i przekazujących dane w ramach wspólnego przepływu danych, co optymalizuje wykorzystanie pozostających do dyspozycji częstotliwości i łączy.

18. W celu zapewnienia sprawiedliwego podziału tych multipleksów cyfrowych, w ramach którego byłiby uwzględniani nie tylko dotychczasowi operatorzy analogowych kanałów telewizyjnych, lecz także ci, którzy już poprzednio poczynili inwestycje w tworzenie sieci cyfrowych, jak również ci, którzy od nowa chcieli wejść na ten rynek, 21 jednostek podzielono na trzy grupy, do których następowało przypisanie według różnych kryteriów. Poza tym jako górną granicę ustalono, iż żaden operator sieci sam nie może dysponować liczbą multipleksów większą niż pięć. Taka maksymalna ilość pięciu multipleksów była także zalecana przez Komisję w postępowaniu w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

19. Konkretnie rzecz ujmując – przydział wspomnianych 21 multipleksów powinien następować według następującej procedury:

— W ramach *pierwszej grupy* osiem multipleksów było zastrzeżonych do przekształcenia istniejących analogowych sieci telewizyjnych w sieci cyfrowe. Miało to nastąpić na podstawie sprawiedliwego przydziału, w ramach którego należało uwzględnić ciągłość oferty telewizyjnej. Każdy z dotychczasowych oferentów telewizji analogowej miał zgodnie z tym uzyskać przydział co

<sup>9</sup> Inaczej niż w przypadku telewizji analogowej, jedną z największych zalet telewizji cyfrowej jest możliwość nadawania na jednym i tym samym paśmie częstotliwości wielu programów.

<sup>10</sup> Włoski organ regulacji komunikacji.

<sup>11</sup> Powyższa uchwała uzyskała moc ustawy wskutek decreto legge [dekrety z mocą ustawy] nr 59 z 2008 r. w związku z ustawą nr 101 z 2008 r.

<sup>12</sup> Zobacz przypis 3 powyżej.

<sup>13</sup> Niektóre strony postępowania mówią nawet o 22 multipleksach. Na potrzeby niniejszego postępowania prejudycjalnego nie jest jednak konieczne wyjaśnienie tej rozbieżności.

najmniej jednego multipleksu, a oferenci mający więcej analogowych kanałów mieli uzyskać w każdym przypadku o jeden multipleks mniej niż odpowiadałoby to ilości ich analogowych kanałów. W ten sposób między innymi Rai i Mediaset, które dotychczas obsługiwały po trzy analogowe kanały telewizyjne, otrzymały po dwa multipleksy, natomiast TIMB, która dotychczas miała w ofercie dwa analogowe kanały telewizyjne, uzyskała jeden multipleks; podobnie Rete A i dwaj inni operatorzy sieci otrzymali po jednym multipleksie.

- W ramach *drugiej grupy* osiem multipleksów miało zostać przekazanych tym operatorom sieci, którzy zainwestowali w stworzenie sieci cyfrowych. W ten sposób Rai, Mediaset i TIMB otrzymali po dwa kolejne multipleksy, podczas gdy Rete A i inny operator sieci otrzymali po jednym.
- W ramach *trzeciej grupy* miało zostać w końcu przydzielonych pozostałych pięć multipleksów jako dodatkowe, nowe częstotliwości określane jako „dywidenda cyfrowa”<sup>14</sup>, według obiektywnych, przejrzystych, proporcjonalnych i niedyskryminujących kryteriów.

20. Na tej podstawie włoskie ministerstwo rozwoju gospodarczego<sup>15</sup> dokonało przydziału multipleksów cyfrowych.

21. W niniejszej sprawie spór w postępowaniu głównym dotyczy tylko części multipleksów, mianowicie tych z pierwszej grupy. Ponieważ TIMB ze względu na metodę przetwarzania częstotliwości analogowych na cyfrowe<sup>16</sup> czuła się traktowana gorzej niż jej więksi konkurenci, wniosła skargę do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio<sup>17</sup> (zwanego dalej „TAR”). Celem skargi było otrzymanie dodatkowego multipleksu ze wspomnianej pierwszej grupy oraz odszkodowania.

22. TIMB argumentowała przed TAR między innymi, że w jej przypadku przy przekształcaniu dotychczasowych analogowych częstotliwości na cyfrowe zastosowano mniej korzystny stosunek przekształcenia niż w przypadku Rai i Mediaset: podczas gdy TIMB za dwie analogowe częstotliwości otrzymała jeden multipleks, co daje stosunek przekształcenia 50%, Rai i Mediaset za każdorazowo trzy analogowe kanały telewizyjne otrzymały po dwa multipleksy, co odpowiada korzystniejszemu stosunkowi przekształcenia –66,67%. Ponadto TIMB krytykowała, iż w przypadku Rai i Mediaset przekształcenie w częstotliwości cyfrowe nastąpiło przy uwzględnieniu analogowych kanałów telewizyjnych, które użytkowane były dotychczas przez tych dwóch ostatnich operatorów sieci z naruszeniem progów koncentracji, a tym samym nielegalnie.

23. Po tym, jak skarga w pierwszej instancji okazała się nieskuteczna<sup>18</sup>, TIMB nadal domagała się udzielenia ochrony prawnej w instancji odwoławczej przed Consiglio di Stato<sup>19</sup>, tj. sądem odsyłającym. W ramach tego postępowania odwoławczego przed Consiglio di Stato doszło do połączenia spółek TIMB i Rete A, która to posiadała już dwa multipleksy. Powstałe na skutek połączenia nowe przedsiębiorstwo pod nazwą Persidera dysponuje odąd łącznie pięcioma multipleksami, co – jak już wspomniano – odpowiada ustawowej maksymalnej liczbie na jednego operatora sieci.

14 Odnosnie do pojęcia „cyfrowej dywidendy” zobacz motyw 26 dyrektywy 2009/140; por. także pkt 1 Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 13 listopada 2007 r., „Pełne wykorzystanie potencjału dywidendy cyfrowej w Europie: wspólne podejście do zagospodarowania zakresów częstotliwości zwolnionych w wyniku przejścia na nadawanie cyfrowe”, COM(2007) 700 wersja ostateczna.

15 Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

16 Zobacz powyżej tiret pierwsze w pkt 19 niniejszej opinii.

17 Sądu administracyjnego dla regionu Lacjum.

18 Zobacz wyrok nr 1398/2014 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

19 Radą stanu.

#### IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

24. Postanowieniem z dnia 2 lipca 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 lutego 2016 r., Consiglio di Stato zawiesił toczące się przed nim postępowanie i zgodnie z art. 267 TFUE przedłożył Trybunałowi następujące pytania celem uzyskania orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

1. Czy prawo Unii Europejskiej, a w szczególności art. 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE i 106 TFUE, art. 9 dyrektywy 2002/21, art. 3, 5 i 7 dyrektywy 2002/20 oraz art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77 oraz zasady niedyskryminacji, przejrzystości, swobody konkurencji, proporcjonalności, skuteczności oraz pluralizmu informacji sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisów krajowych, które w celu określenia liczby kanałów cyfrowych przysługujących operatorom w ramach przekształcania kanałów analogowych uwzględniają w takim samym zakresie jak kanały analogowe prowadzone zgodnie z prawem również kanały analogowe prowadzone w przeszłości z naruszeniem ograniczeń mających na celu przeciwdziałanie koncentracji ustanowionych w przepisach krajowych, które były już kwestionowane przez Trybunał Sprawiedliwości i Komisję Europejską i które były w każdym wypadku prowadzone bez koncesji?
2. Czy prawo Unii Europejskiej, a w szczególności art. 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE i 106 TFUE, art. 9 dyrektywy 2002/21, art. 3, 5 i 7 dyrektywy 2002/20 oraz art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77 oraz zasady niedyskryminacji, przejrzystości, swobody konkurencji, proporcjonalności, skuteczności oraz pluralizmu informacji sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisów krajowych, które w celu określenia liczby kanałów cyfrowych przyznawanych operatorom w ramach przekształcania kanałów analogowych, uwzględniając wszystkie prowadzone dotychczas kanały analogowe, także te prowadzone z naruszeniem ustanowionych w przepisach krajowych ograniczeń mających na celu przeciwdziałanie koncentracji, które były już kwestionowane przez Trybunał Sprawiedliwości i Komisję Europejską i które były w każdym wypadku prowadzone bez koncesji, przewidują w szczególności w odniesieniu do operatora kilku kanałów zmniejszenie liczby przyznanych kanałów cyfrowych w stosunku do prowadzonych kanałów w technologii analogowej w stosunkowo większym zakresie niż względem konkurentów?"

25. W postępowaniu przed Trybunałem Persidera, Rai i Reti televisive italiane (RTI)<sup>20</sup>, rządy włoski i słoweński oraz Komisja Europejska przedstawili stanowiska na piśmie. Z wyjątkiem Słowenii uczestnicy ci wzięli też udział w rozprawie w dniu 2 lutego 2017 r., która miała miejsce bezpośrednio po rozprawie w sprawie C-560/15.

<sup>20</sup> RTI należy do grupy Mediaset.



## V. Ocena

### A. W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

26. Zgodnie z art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem<sup>21</sup> wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oprócz pytania prejudycjalnego musi zawierać także określenie faktycznych i prawnych ram sporu w postępowaniu głównym. Ponadto sąd odsyłający musi wykazać, jaki związek istnieje między podlegającymi wykładni przepisami prawa Unii i postępowaniem głównym, a także podać powody, z których wynikają jego wątpliwości odnośnie do wykładni lub ważności tych przepisów. Zgodnie z orzecznictwem w postępowaniach z zakresu konkurencji szczególne znaczenie ma określenie ram faktycznych i prawnych<sup>22</sup>.

#### 1. Brak znaczenia dla sprawy przepisów prawa pierwotnego

27. Jak słusznie podnoszą RTI i rząd włoski, w niniejszym przypadku wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera żadnych wyjaśnień odnośnie do kwestii, w jakim stopniu zawarte w art. 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE i 106 TFUE przepisy prawa pierwotnego miałyby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.

28. Szczególnie w odniesieniu do art. 56 TFUE należy zauważyć, że wszystkie elementy sporu w postępowaniu głównym ograniczają się do jednego państwa członkowskiego, a sąd odsyłający w tym przypadku – inaczej niż swego czasu w sprawie *Centro Europa 7* – nie chce nawiązywać do zawartego we włoskiej konstytucji zakazu dyskryminacji obywateli własnego państwa<sup>23</sup>. Tym samym nie jest jasne, w jakim stopniu Trybunał dokonując wykładni art. 56 TFUE, o którą się zwrócono, może przyczynić się do rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.

29. W przedmiocie dotyczących konkurencji przepisów art. 101 TFUE, 102 TFUE i 106 TFUE wystarczy zwrócić uwagę na fakt, że odnoszą się one do działań przedsiębiorstw, podczas gdy w niniejszym przypadku chodzi o praktykę krajowych organów przy przydziale częstotliwości telewizyjnych. Wprawdzie art. 102 ust. 1 TFUE w połączeniu z art. 106 ust. 1 TFUE zakazują państwom członkowskim tworzenia sytuacji, w której określonym przedsiębiorstwom – tutaj: Rai i Mediaset – ułatwiano by nadużywanie rzekomo istniejącej kolektywnej pozycji dominującej na rynku wewnętrznym<sup>24</sup>, nieuzasadnione byłoby jednak uznanie, iż wyłącznie na skutek – być może błędnych – działań krajowych organów we Włoszech przy przydziale cyfrowych częstotliwości telewizyjnych działania Rai i Mediaset prawdopodobnie lub nieuchronnie stanowią zachowanie niezgodne z regułami konkurencji.

30. W zakresie, w jakim sąd odsyłający chciał w ogólny sposób nawiązać do *idei wolnej konkurencji*, Trybunał może w wystarczający sposób zająć się tą kwestią w ramach swych uwag odnośnie do trzech dyrektyw: 2002/20, 2002/21 i 2002/77. W tym celu nie ma jednak potrzeby dokonywania odrębnej wykładni art. 101 TFUE, 102 TFUE i 106 TFUE.

21 Trybunał podkreśla konieczność przestrzegania art. 94 regulaminu postępowania m.in. w postanowieniu z dnia 12 maja 2016 r., *Security Service i in.* (od C-692/15 do C-694/15, EU:C:2016:344, pkt 18). Już wcześniej w utrwalonym orzecznictwie formułowane były analogiczne wymogi dopuszczalności wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zob. w szczególności wyroki: z dnia 24 kwietnia 2012 r., *Kamberaj* (C-571/10, EU:C:2012:233, pkt 42); z dnia 21 grudnia 2016 r., *Vervloet i in.* (C-76/15, EU:C:2016:975, pkt 56, 57).

22 Podobnie postanowienie z dnia 8 października 2002 r., *Viacom* (C-190/02, EU:C:2002:569, pkt 21, 22) oraz wyroki: z dnia 26 stycznia 1993 r., *Telemarsicabruzzo i in.* (od C-320/90 do C-322/90, EU:C:1993:26, pkt 7); z dnia 31 stycznia 2008 r., *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, pkt 58); z dnia 21 listopada 2013 r., *Deutsche Lufthansa* (C-284/12, EU:C:2013:755, pkt 20); z dnia 13 lutego 2014 r., *Airport Shuttle Express i in.* (C-162/12 i C-163/12, EU:C:2014:74, pkt 38).

23 Wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, pkt 64–71, w szczególności pkt 69).

24 Podobnie wyroki: z dnia 18 czerwca 1991 r., *ERT* (C-260/89, EU:C:1991:254, pkt 37); z dnia 31 stycznia 2008 r., *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, pkt 60); z dnia 1 lipca 2008 r., *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376, pkt 50); por. również moja opinia w sprawie *Taricco i in.* (C-105/14, EU:C:2015:293, pkt 60).

31. Zatem w zakresie, w jakim cel pytań prejudycjalnych dotyczy dokonania wykładni art. 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE i 106 TFUE, pytania te należy uznać za niedopuszczalne.

## **2. Znaczenie dla sprawy pytań prejudycjalnych dotyczących Persidery**

32. Rząd włoski jest ponadto zdania, iż wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie ma znaczenia dla sprawy, ponieważ Persidera w międzyczasie i tak otrzymała maksymalną możliwą do uzyskania liczbę pięciu multipleksów z częstotliwościami nadawczymi dla telewizji cyfrowej.

33. Prawdą jest, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za niedopuszczalny, gdy zostanie stwierdzone, że spór w postępowaniu głównym stał się bezprzedmiotowy<sup>25</sup>. W niniejszym przypadku brak jest jednak wystarczających przesłanek dla uznania sporu za bezprzedmiotowy, a już na pewno nie jest to oczywiste. Przeciwnie, z akt sprawy wynika, że Persidera nie dochodzi przed krajowymi sądami administracyjnymi wyłącznie przyznania dodatkowego cyfrowego multipleksu, lecz również odszkodowania. Ponieważ nie da się wykluczyć, że w wyniku uprzedniego sprzecznego z prawem zachowania organów włoskich na rzecz tego przedsiębiorstwa zasądzone zostanie odszkodowanie, nadal istnieje w tym względzie domniemanie znaczenia pytań prejudycjalnych dla sprawy<sup>26</sup>.

34. Mając na uwadze powyższe względy, podniesiony przez rząd włoski zarzut bezprzedmiotowości należy oddalić.

## **3. Wystarczające informacje odnośnie do wskazywanej nielegalności dwóch kanałów telewizyjnych**

35. Ostatecznie należy jeszcze wyjaśnić, czy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy ewentualnie uznać za niedopuszczalny z tego względu, iż zawiera on zbyt mało informacji odnośnie do sformułowanego przez Persiderę zarzutu nielegalnego prowadzenia przez jej konkurentów dwóch kanałów telewizyjnych. Nielegalność ta stanowi założenie, na którym opiera się cały wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Zarówno pierwsze, jak i drugie pytanie prejudycjalne wyraźnie do niego nawiązują.

36. Prawdą jest, że postanowienie odsyłające Consiglio di Stato nie stanowi w tej kwestii wzorcowego przykładu przejrzystości i dokładności. Można byłoby oczekiwać, iż zostanie w nim w sposób bardziej konkretny i usystematyzowany podane, z czego dokładnie wynika wskazywana nielegalność i jakie jest jej znaczenie. W postanowieniu odsyłającym zawarty jest jednak bardzo mało informacji faktycznych i prawnych odnośnie do tej kwestii.

37. Niemniej jednak jestem zdania, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – mimo jego niezaprzeczalnych braków – w wystarczający sposób określa, o jaki rodzaj nielegalności chodzi. Jak wynika już z treści obu pytań prejudycjalnych, chodzi tutaj o „naruszeni[e] ograniczeń mających na celu przeciwdziałanie koncentracji ustanowionych w przepisach krajowych” oraz o to, że wspomniane kanały telewizyjne są „prowadzone bez koncesji”.

<sup>25</sup> Wyroki: z dnia 20 stycznia 2005 r., García Blanco (C-225/02, EU:C:2005:34); z dnia 24 października 2013 r., Stoilov i Ko (C-180/12, EU:C:2013:693); postanowienie z dnia 14 października 2010 r., Reinke (C-336/08, EU:C:2010:604).

<sup>26</sup> Wyroki: z dnia 7 września 1999 r., Beck und Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, pkt 22); z dnia 16 czerwca 2015 r., Gauweiler i in. (C-62/14, EU:C:2015:400, pkt 25); z dnia 6 września 2016 r., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, pkt 20); z dnia 21 grudnia 2016 r., Vervloet i in. (C-76/15, EU:C:2016:975, pkt 57).

38. Poza tym, jak wynika z akt postępowania, w przypadku tych dwóch potencjalnie nielegalnie prowadzonych kanałów telewizyjnych chodzi, po pierwsze, o kanał „RAI 3” państwowej spółki telewizyjnej Rai, a po drugie, o kanał „Rete 4” prywatnej grupy Mediaset. Zasadniczo Persidera argumentuje, że uwzględnienie tych dwóch kanałów w ramach procesu przejścia z telewizji analogowej na cyfrową doprowadziło do bezpodstawnego faworyzowania Rai i Mediaset kosztem ich mniejszych konkurentów. Jej zdaniem Rai i Mediaset dzięki temu otrzymały więcej cyfrowych częstotliwości w formie multipleksów niż im faktycznie przysługuje.

39. Tym samym Trybunał dysponuje w tej kwestii wystarczającymi informacjami dla udzielenia przydatnej dla sprawy odpowiedzi na pytania prejudycjalne. Świadczą o tym również uwagi przedłożone Trybunałowi przez licznych uczestników postępowania w niniejszej sprawie<sup>27</sup>.

40. W konsekwencji w odniesieniu do wskazywanej nielegalności dwóch kanałów telewizyjnych wnioszek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za dopuszczalny.

41. Nie zmienia tego również okoliczność, że kilku uczestników postępowania, a mianowicie Rai, RTI oraz rząd włoski, zdecydowanie twierdzi, że w przypadku „RAI 3” i „Rete 4” tak naprawdę nie może być mowy o nielegalności. Z utrwalonego orzecznictwa<sup>28</sup> wynika bowiem, że Trybunał w zakresie miarodajnego dla postępowania głównego stanu faktycznego i prawnego opiera się wyłącznie na ustaleniu sądu odsyłającego, którego prawidłowości nie sprawdza<sup>29</sup>, nawet jeśli jest ona kwestionowana przez niektórych uczestników postępowania, jak tutaj przez Rai, RTI oraz Włochy.

#### **4. Wniosek częściowy**

42. Podsumowując – wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest więc niedopuszczalny tylko w zakresie, w jakim odnosi się do art. 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE i 106 TFUE. W pozostałym zakresie należy go uznać za dopuszczalny.

#### **B. Ocena merytoryczna pytań prejudycjalnych**

43. Zarówno stan faktyczny sporu w postępowaniu głównym, jak i podlegające stosowaniu przepisy charakteryzują się dużą złożonością. Niestety ani wywody sądu odsyłającego, ani wywody uczestników postępowania nie zdołały naświetlić sprawy. Wręcz przeciwnie, spowodowały one niepotrzebne zagmatwanie tej sprawy i przesłaniały to, co istotne.

44. Jak już wspomniano, niniejsze postępowanie należy rozpatrywać w kontekście procesu przejścia we Włoszech z telewizji analogowej na cyfrową. Ukazuje ono w aspekcie prawnym fragment tego procesu przejścia i dotyczy wyłącznie kwestii obliczenia ilości cyfrowych częstotliwości nadawczych, które należało przydzielić operatorom sieci działającym już wcześniej na analogowym rynku telewizyjnym. W jakim stopniu możliwe było przy obliczaniu przysługujących częstotliwości cyfrowych uwzględnienie liczby analogowych kanałów telewizyjnych, które dotychczas prowadzone były przez danych przedsiębiorców? Czy możliwe było uwzględnienie przy dokonywaniu obliczeń potencjalnie nielegalnie prowadzonych analogowych kanałów telewizyjnych (pierwsze pytanie prejudycjalne) i czy to obliczenie mogło pod względem arytmetyki prowadzić do różnych stosunków przekształcenia w przypadku różnych operatorów sieci (drugie pytanie prejudycjalne)?

<sup>27</sup> Zobacz podobnie w szczególności wyrok z dnia 18 października 2011 r., Boxus i in. (od C-128/09 do C-131/09, C-134/09 i C-135/09, EU:C:2011:667, pkt 27).

<sup>28</sup> Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 25 stycznia 2011 r., Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, pkt 41); z dnia 6 października 2015 r., Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, pkt 13).

<sup>29</sup> Utrwalone orzecznictwo, por. m.in. wyroki: z dnia 13 października 2016 r., Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, pkt 16); z dnia 31 stycznia 2017 r., Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, pkt 56).

45. Moim zdaniem przedłożone przez Consiglio di Stato pytania są tak ściśle ze sobą powiązane, że zasadne wydaje się ich wspólne omówienie.

### 1. Miarodajne przepisy i zasady prawa Unii

46. Dla udzielenia odpowiedzi na oba pytania miarodajne są w pierwszej kolejności różne przepisy prawa wtórnego nowych wspólnych ram regulacyjnych, a konkretnie art. 8 i 9 dyrektywy 2002/21, art. 3, 5 i 7 dyrektywy 2002/20 oraz art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77. Wszystkie te przepisy dają wspólnie wyraz temu, iż państwa członkowskie przy przydziale częstotliwości dysponują określoną swobodą uznania, przy korzystaniu z której muszą jednak przestrzegać wynikających z prawa Unii ogólnych zasad niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności, a także w należyty sposób uwzględniać kwestie skutecznego zarządzania i użytkowania częstotliwości oraz idei wolnej konkurencji i pluralizmu mediów.

47. Wymienionych przepisów i zasad prawa należy przestrzegać nie tylko przy pierwszym przydziale częstotliwości, lecz także przy każdym następnym, a więc na przykład przy omawianym tu procesie przejścia z częstotliwości analogowych na cyfrowe<sup>30</sup>, bowiem po pierwsze, nowe wspólne ramy regulacyjne obowiązują w przypadku wszystkich procedur, w efekcie których następuje przydział częstotliwości<sup>31</sup>, gdyż w przeciwnym razie nie byłoby możliwe osiągnięcie ustanowionego przez prawo Unii celu trwałego stworzenia stanu odpowiadającego wymogom nowych wspólnych ram regulacyjnych, a po drugie, w szczególności proces przejścia na nową technologię telewizji cyfrowej prowadził faktycznie do tego, że te częstotliwości nadawcze nowego rodzaju były przydzielane po raz pierwszy.

48. W niniejszym przypadku było jasne i zrozumiałe, według jakiej metody nastąpiło we Włoszech przekształcenie dotychczas użytkowanych analogowych częstotliwości telewizyjnych w częstotliwości cyfrowe. Dlatego problem polega tutaj głównie nie na ewentualnym braku przejrzystości procesu przekształcania. Persidera czuje się raczej *potraktowana mniej korzystnie* niż jej więksi konkurenci – konkretnie Rai i Mediaset – na skutek wybranej przez organy krajowe we Włoszech *metody przekształcania*. W efekcie spór dotyczy więc zasady równego traktowania względnie niedyskryminacji<sup>32</sup>, przy stosowaniu której z natury rzeczy ważną rolę odgrywają także pozostałe zasady, na których opierają się nowe wspólne ramy regulacyjne, oraz rozważania odnośnie proporcjonalności.

30 Podobnie wyrok z dnia 21 marca 2013 r., Belgacom i in. (C-375/11, EU:C:2013:185, pkt 37–39) odnośnie do zastosowania dyrektywy 2002/20 w przypadku przedłużania uprzednio przyznaných praw użytkowania częstotliwości radiowych.

31 Taka sugestia zawarta jest na przykład w art. 7 ust. 2 dyrektywy 2002/20, gdzie jest mowa o przyznaniu „dalszych” praw użytkowania częstotliwości radiowych.

32 Odnośnie do tego pojęcia zob. m.in. wyrok z dnia 12 września 2006 r., Eman i Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, pkt 57); do celów uproszczenia w dalszej części będą konsekwentnie stosowała pojęcie zasady równego traktowania.

49. Stosując prawo Unii, państwa członkowskie muszą przestrzegać zasady równego traktowania i zasady proporcjonalności tak samo jak wszystkich innych ogólnych zasad prawa Unii<sup>33</sup>. Nie mogą one opierać się na wykładni danych dyrektyw, która pozostawałaby w konflikcie z ogólnymi zasadami prawa Unii<sup>34</sup>. Zresztą ten wynikający z prawa pierwotnego obowiązek powtórzony jest także na poziomie prawa wtórnego w nowych wspólnych ramach regulacyjnych, a konkretnie w art. 8 ust. 1, w art. 9 ust. 1 zdanie drugie i w motywie 19 dyrektywy 2002/21, a także w art. 5 ust. 2 akapit drugi i w art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/20 oraz w art. 2 ust. 4 i w art. 4 pkt 2 dyrektywy 2002/77<sup>35</sup>.

## 2. Zasada równego traktowania

50. Wynikająca z prawa Unii zasada równego traktowania, w międzyczasie zawarta również w art. 20 i 21 Karty praw podstawowych, wymaga zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby podobne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie były traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione<sup>36</sup>.

### a) Nierówne traktowanie

51. Porównywalność stanów faktycznych należy oceniać między innymi w świetle celu i sensu konkretnego środka. Przy tym uwzględniać należy zasady i cele dziedziny prawa, do której należy sporny środek<sup>37</sup>.

52. W niniejszej sprawie należy zatem przeanalizować sytuację Rai, Mediaset i Persidery w aspekcie przyznania tych ośmiu multipleksów, które były do przydzielenia w ramach pierwszej grupy cyfrowych częstotliwości telewizyjnych<sup>38</sup>. Te częstotliwości służyły – jak już stwierdzono – zapewnieniu ciągłości oferty telewizyjnej i miały być przyznane wyłącznie operatorom sieci, którzy już wcześniej mieli w ofercie analogowe kanały telewizyjne.

53. Szczególnie w odniesieniu do przydziału tych ośmiu multipleksów i związanych z tym celów Rai, Mediaset i Persidera, o ile wiadomo, znajdowały się w sytuacji w pełni porównywalnej. Wszystkie trzy przedsiębiorstwa prowadziły bowiem dotychczas we Włoszech analogowe kanały telewizyjne. Tym samym każde z tych przedsiębiorstw mogło zgodnie z ustanowionym we Włoszech planem przydziału częstotliwości wnioskować o częstotliwości cyfrowe z ośmiu multipleksów w ramach pierwszej grupy, które miały umożliwić przedsiębiorstwu dalsze prowadzenie jego określonych kanałów telewizyjnych.

33 Odnośnie do znaczenia ogólnych zasad prawa Unii zasadniczo zob. wyroki: z dnia 10 marca 2009 r., Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, pkt 45, zdanie drugie); z dnia 26 kwietnia 2005 r., „Goed Wonen” (C-376/02, EU:C:2005:251, pkt 32); szczególnie w odniesieniu do zasady równego traktowania zobacz wyrok z dnia 11 lipca 2006 r., Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, pkt 56, zdanie pierwsze i drugie), a w odniesieniu do zasady proporcjonalności wyroki: z dnia 10 marca 2005 r., Tempelman i van Schaijk (C-96/03 i C-97/03, EU:C:2005:145, pkt 46); z dnia 9 marca 2010 r., ERG i in. (C-379/08 i C-380/08, EU:C:2010:127, pkt 86).

34 Wyroki: z dnia 6 listopada 2003 r., Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, pkt 87); z dnia 26 czerwca 2007 r., Ordre des barreaux francophones et germanophone i in. (C-305/05, EU:C:2007:383, pkt 28, zdanie drugie); z dnia 21 grudnia 2011 r., NS (C-411/10 i C-493/10, EU:C:2011:865, pkt 77); z dnia 19 września 2013 r., wyjątkowa procedura ponownego rozpoznania Komisja/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, pkt 40).

35 W art. 2 ust. 4 i w art. 4 pkt 2 dyrektywy 2002/77 jest mowa o „proporcjonalnych” kryteriach, co nie jest niczym innym jak nawiązaniem do zasady proporcjonalności.

36 Wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Arcelor Atlantique et Lorraine i in. (C-127/07, EU:C:2008:728, pkt 23); z dnia 14 września 2010 r., Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals/Komisja (C-550/07 P, EU:C:2010:512, pkt 54 i 55) oraz z dnia 21 grudnia 2016 r., Vervloet i in. (C-76/15, EU:C:2016:975, pkt 74).

37 Wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Arcelor Atlantique et Lorraine i in. (C-127/07, EU:C:2008:728, pkt 25 i 26); z dnia 1 marca 2011 r., Association belge des Consommateurs Test-Achats i in. (C-236/09, EU:C:2011:100, pkt 29); z dnia 11 lipca 2013 r., Ziegler/Komisja (C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 167); z dnia 6 listopada 2014 r., Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, pkt 51).

38 Zobacz pkt 19 niniejszej opinii powyżej.

54. Najwyraźniej w tym aspekcie między Rai, Mediaset i Persiderą *formalnie* rzecz biorąc nie doszło do nierównego traktowania. W odniesieniu do wszystkich dotychczasowych operatorów analogowych kanałów telewizyjnych we Włoszech została natomiast zastosowana taka sama metoda przekształcenia. Zgodnie z tą metodą wszyscy operatorzy sieci, którzy dotychczas oferowali już analogową telewizję, otrzymali co najmniej jeden multipleks cyfrowy, a tym spośród nich, którzy dotychczas dysponowali kilkoma analogowymi kanałami telewizyjnymi, przyznano w każdym przypadku o jeden multipleks mniej niż odpowiadałoby to liczbie ich analogowych kanałów.

55. Zasada równego traktowania obejmuje jednak nie tylko formalne (jednoznaczne, bezpośrednie) rodzaje nierównego traktowania, lecz także materialne (niejednoznaczne, pośrednie), w przypadku których zastosowanie z pozoru neutralnego kryterium faktycznie działa szczególnie na niekorzyść określonego zainteresowanego lub określonej grupy zainteresowanych<sup>39</sup>.

56. W niniejszej sprawie wspomniana metoda przekształcenia wpłynęła niekorzystnie szczególnie na Persiderę (dawniej TIMB), która w odróżnieniu od dwóch dużych operatorów sieci Rai i Mediaset dysponowała do tej pory nie trzema, lecz dwoma analogowymi kanałami telewizyjnymi. Podczas bowiem gdy dla Rai i Mediaset stosunek przekształcenia wyniósł 66,67% (w każdym przypadku za trzy analogowe kanały telewizyjne otrzymały po dwa multipleksy cyfrowe), stosunek przekształcenia w przypadku Persidery – dawniej TIMB – wyniósł jedynie 50% (za dwa analogowe kanały telewizyjne TIMB otrzymała jedynie jeden cyfrowy multipleks).

57. Tym samym zastosowana przez Włochy metoda przekształcenia istniejących analogowych częstotliwości nadawczych w nowe, cyfrowe, doprowadziła wprawdzie nie w aspekcie *metody przekształcenia*, lecz odnośnie do *wyniku przekształcenia* do oczywistego nierównego traktowania Persidery w stosunku do jej obu większych konkurentów Rai i Mediaset.

#### **b) Uzasadnienie**

58. Nowe wspólne ramy regulacyjne w oczywisty sposób pozwalają, by władze krajowe w ramach przydziału i użytkowania częstotliwości podejmowały środki, za pomocą których realizowane są cele pozostające w interesie ogólnym (zob. w szczególności art. 9 ust. 1 akapit drugi i art. 9 ust. 4 akapit drugi dyrektywy 2002/21, a także art. 5 ust. 1 zdanie drugie ostatnie tiret i art. 5 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2002/20)<sup>40</sup>.

59. W postępowaniu przed Trybunałem przedłożono przede wszystkim dwa uzasadnienia opisanego nierównego traktowania. Po pierwsze, państwo włoskie chciało zapewnić ciągłość oferty telewizyjnej<sup>41</sup>. Po drugie, nie było możliwe uzyskanie dokładnie takiego samego stosunku przekształcenia w przypadku każdego operatora sieci, ponieważ wobec niepodzielności częstotliwości żadnemu z przedsiębiorstw nie można było przyznać ułamkowych części multipleksów. Do obu celów odniosę się w dalszej części wywodu odrębnie i poddam kontroli proporcjonalności środki podjęte dla osiągnięcia tych celów.

<sup>39</sup> W kontekście zakazu dyskryminacji w ramach swobodnego przepływu pracowników zobacz m.in. wyrok z dnia 14 lutego 1995 r., Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, pkt 49). W odniesieniu do pary pojęć formalnej i materialnej dyskryminacji por. także opinia rzecznika generalnego M. Lagrange'a w sprawie Włochy/Komisja, (13/63, EU:C:1963:9) oraz opinia rzecznika generalnego P. VerLorena van Themaata w sprawach połączonych Seco i Desquenette & Giral (62/81 i 63/81, EU:C:1981:305).

<sup>40</sup> Zobacz również motyw 36 dyrektywy 2009/140.

<sup>41</sup> Rai wskazuje dodatkowo na swój obowiązek świadczenia usług użyteczności publicznej. Sąd odsyłający w zasadzie nie poruszył tego aspektu. W związku z powyższym w dalszej części wywodu nie odniosę się do niego szczegółowo. Ograniczę się do wskazania, że moje wywody w kwestii zapewnienia ciągłości oferty telewizyjnej, szczególnie odnośnie do proporcjonalności, można odnieść także do kwestii przydziału częstotliwości w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej.

60. Zgodnie z należąca do ogólnych zasad prawa Unii zasadą proporcjonalności podejmowane środki nie mogą przekraczać granic tego co odpowiednie i konieczne do realizacji uzasadnionych celów, którym ma służyć dana regulacja, przy czym w przypadku gdy istnieje możliwość wyboru spośród większej liczby odpowiednich środków, należy stosować ten najmniej dotkliwy, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów<sup>42</sup>.

61. Znacznie bardziej elegancko, ale pod względem treści dokładnie to samo formułują na przykład sądy francuskie w swoim utrwalonym orzecznictwie, gdy wymagają, żeby środek „był odpowiedni, konieczny i proporcjonalny z punktu widzenia realizowanego przez niego celu”<sup>43</sup>. Podobnie trafna i zwięzła jest formuła stworzona przez niemieckie orzecznictwo, zgodnie z którym ingerencja w prawo podstawowe „musi służyć słusznemu celowi i jako środek do osiągnięcia tego celu powinna się do tego nadawać oraz powinna być konieczna i współmierna”<sup>44</sup>.

62. Ponieważ w niniejszej sprawie w związku z wolnością i pluralizmem mediów poruszona została jedna z podstawowych wartości współżycia w społeczeństwie demokratycznym (zob. także art. 11 ust. 2 Karty praw podstawowych), przy ocenie proporcjonalności należy zastosować rygorystyczne kryteria<sup>45</sup>. Z tego powodu nierówne traktowanie można zaakceptować tylko wtedy, gdy jest niezbędne dla osiągnięcia leżącego w ogólnym interesie celu w sposób spójny i systematyczny.

#### *i) Zapewnienie ciągłości oferty telewizyjnej*

63. Jeśli chodzi w pierwszej linii o zapewnienie ciągłości oferty telewizyjnej, to stanowi to uzasadniony interes, na którym mogą opierać się organy krajowe przy sporządzaniu swego planu przydziału częstotliwości.

64. Wymieniona ciągłość oferty telewizyjnej służy szczególnie ochronie konsumentów, która wymieniona jest między innymi w motywie 6 dyrektywy 2002/21 na czołowym miejscu i ponadto została odzwierciedlona w postulacie „zwiększenia korzyści dla użytkowników” [art. 7 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2002/20]. Konsumentom ułatwia się w ten sposób korzystanie z ich podstawowego prawa wolności otrzymywania i przekazywania informacji (art. 11 ust. 1 zdanie drugie Karty praw podstawowych), ale też zaspokojenie ich potrzeb w sferze kultury, jeśli mimo przejścia z telewizji analogowej na cyfrową mają nadal do dyspozycji swoje zwyczajowo oglądane kanały telewizyjne.

65. Tej ciągłości oferty telewizyjnej może w pełni sprzyjać to, że właściwe organy krajowe zastrzegą grupę multipleksów cyfrowych dla tych operatorów sieci, którzy dotychczas mieli już w ofercie analogowe kanały telewizyjne, i każdemu z nich wskażą perspektywę otrzymania dostatecznej ilości częstotliwości cyfrowych, aby mogli kontynuować dotychczasową ofertę analogową w formie cyfrowej.

42 Wyroki: z dnia 11 lipca 1989 r., Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, pkt 21); z dnia 3 lipca 2003 r., Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, pkt 76); z dnia 10 marca 2005 r., Tempelman i van Schaijk (C-96/03 i C-97/03, EU:C:2005:145, pkt 47); podobnie wyroki: z dnia 9 marca 2010 r., ERG i in. (C-379/08 i C-380/08, EU:C:2010:127, pkt 86); z dnia 16 czerwca 2015 r., Gauweiler i in. (C-62/14, EU:C:2015:400, pkt 67, 91).

43 W oryginale francuskim: „adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit”; zob. m.in. Conseil constitutionnel, orzeczenia nr 2015-527 QPC z dnia 22 grudnia 2015 r. (FR:CC:2015:2015.527.QPC, pkt 4, 12) oraz nr 2016-536 QPC z dnia 19 lutego 2016 r. (FR:CC:2016:2016.536.QPC, pkt 3, 10); podobnie Conseil d'État, wyrok nr 317827 z dnia 26 października 2011 r. (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

44 Zobacz w tej kwestii m.in. nowsze orzecznictwo niemieckiego Bundesverfassungsgericht (Trybunału Federalnego), np. BVerfGE 120, 274, 318 i nast. (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, pkt 218). Pojęcie współmierności stanowi w tym kontekście synonim „proporcjonalności w wąskim rozumieniu”.

45 Podobnie wyrok z dnia 8 kwietnia 2014 r., Digital Rights Ireland i in. (C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, pkt 47), w którym Trybunał podkreśla, że zakres uprawnień ustawodawcy może okazać się ograniczony w zależności od kilku czynników, w tym między innymi obszaru, którego kontrola ta dotyczy, istoty prawa gwarantowanego przez kartę, charakteru i wagi tej ingerencji oraz jej celu.

66. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem środek jest odpowiedni do zapewnienia osiągnięcia zamierzonego celu jedynie wtedy, gdy rzeczywiście odzwierciedla zamiar osiągnięcia tego celu w sposób spójny i systematyczny<sup>46</sup>.

67. Ustalenie w ramach postępowania głównego w związku z – pozostającymi jeszcze ewentualnie do dokonania – ustaleniami sądu odsyłającego miało się okazać, że Rai i Mediaset z uwagi na przyznanie po trzech multipleksów zostały nadmiernie zaopatrzone, otrzymując więcej częstotliwości cyfrowych niż byłoby niezbędne do kontynuacji ich analogowych kanałów telewizyjnych<sup>47</sup>, natomiast Persidera otrzymała mniej częstotliwości cyfrowych niż potrzebowała czy też co najmniej nie została potraktowana z równą hojnością, oznaczałoby brak spójności w stosowanej przez organy włoskie metodzie przekształcania i nie mogłoby tym samym wytrzymać próby oceny proporcjonalności.

68. Ponadto przekraczający miarę przydział dla Rai i Mediaset, które są liderami na rynku, byłby sprzeczny z ideą wolnej konkurencji. Jednym z podstawowych celów nowych wspólnych ram regulacyjnych jest bowiem wspieranie rozwoju konkurencji [zob. zwłaszcza art. 7 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2002/20 oraz art. 8 ust. 2 dyrektywy 2002/21<sup>48</sup>] i unikanie zakłóceń konkurencji w sferze sieci i usług łączności elektronicznej [por. zwłaszcza art. 5 ust. 6 dyrektywy 2002/20 i art. 8 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2002/21] w połączeniu ze staraniami na rzecz wspierania pluralizmu mediów [zob. w tej kwestii art. 8 ust. 1 akapit trzeci oraz art. 9 ust. 4 akapit drugi lit. d) i motyw 6 dyrektywy 2002/21, a następnie art. 11 ust. 2 Karty praw podstawowych]. Idea wolnej konkurencji i pluralizm mediów znajdują w pełni skonkretyzowane odbicie w gwarantowanej w prawie Unii swobodzie w zakresie dostępu do sieci i świadczenia usług łączności elektronicznej (art. 3 ust. 1 dyrektywy 2002/20 i art. 2 ust. 2 dyrektywy 2002/77). W takim kontekście organy krajowe są zdecydowanie zobowiązane do starania się o to, by w wyniku gromadzenia praw użytkowania częstotliwości radiowych nie występowało zakłócenie konkurencji (art. 5 ust. 6 zdanie drugie dyrektywy 2002/20), i mogą podejmować środki przeciwko przetrzymywaniu widma (art. 9 ust. 7 dyrektywy 2002/21).

69. Jeżeli jednak obu zdecydowanie największym działającym na włoskim rynku telewizyjnym przedsiębiorstwom Rai i Mediaset przyznane zostanie więcej multipleksów cyfrowych niż byłoby niezbędne do kontynuacji ich analogowych kanałów telewizyjnych, to takie przekroczenie przydziału może powodować gromadzenie częstotliwości w rękach dwóch liderów rynku i wzmocniać jeszcze bardziej ich i tak już znaczącą pozycję konkurencyjną wobec mniejszych konkurentów<sup>49</sup>, co ogranicza w tendencyjny sposób możliwości wyboru dla konsumentów i ostatecznie przekłada się również na osłabienie pluralizmu mediów.

70. Szczególnie poważne naruszenie idei wolnej konkurencji miałyby miejsce wówczas, gdyby miało się potwierdzić zawarte wyraźnie w postanowieniu odsyłającym założenie Consiglio di Stato, zgodnie z którym przy przekształcaniu analogowych częstotliwości telewizyjnych w cyfrowe uwzględnione zostały na korzyść Rai i Mediaset również dwa nielegalnie prowadzone kanały telewizyjne – „RAI 3”

46 Wyroki: z dnia 10 marca 2009 r., Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141, pkt 55); z dnia 17 listopada 2009 r., Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, pkt 42); z dnia 13 lipca 2016 r., Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, pkt 34). To orzecznictwo w przedmiocie podstawowych swobód musi także obowiązywać w przypadku opartych na prawie wtórnym nowych wspólnych ram regulacyjnych, służących przecież m.in. realizacji swobód podstawowych.

47 Zarówno w ramach pisemnego etapu postępowania, jak również w toku ustnego etapu postępowania przed Trybunałem kilku uczestników postępowania zauważyło, że za pomocą częstotliwości cyfrowych możliwe jest nadawanie kilku kanałów telewizyjnych jednocześnie. Chodziło tu o użytkowanie cyfrowego multipleksu obsługującego w zależności od jakości przekazu do czterech, a nawet do sześciu kanałów. W związku z tym nasuwa się pytanie, czy nie wystarczyłoby przydzielenie po jednym cyfrowym multipleksie, aby umożliwić Rai i Mediaset zapewnienie ciągłości dotychczasowej oferty telewizyjnej, która według informacji uczestników postępowania obejmowała po trzy analogowe kanały. Rai i Mediaset na rozprawie protestowały przeciwko takiemu sposobowi postrzegania. Ostatecznie do sądu odsyłającego będzie należało dokonanie wszelkich odpowiednich faktycznych ustaleń w tej kwestii i wyciągnięcie z nich niezbędnych wniosków. Będzie on jednak musiał uwzględnić, iż sporne tutaj cyfrowe częstotliwości z pierwszej grupy mają służyć jedynie *kontynuacji*, a nie *rozszerzeniu* lub gruntownemu *ulepszeniu* dotychczasowej oferty telewizyjnej (pomijając fakt ulepszenia, które może wynikać już z samego przejścia na cyfrowe nadawanie).

48 Zobacz także wyrok z dnia 23 kwietnia 2015 r., Komisja/Bułgaria (C-376/13, EU:C:2015:266, pkt 69).

49 Zobacz również wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, pkt 98, 99), w którym Trybunał podkreśla, że środki powodujące utrwalenie struktury rynku krajowego i chroniące pozycję krajowych nadawców działających już na tym rynku są sprzeczne z dyrektywami tworzącymi nowe wspólne ramy regulacyjne.



i „Rete 4”<sup>50</sup>. Wówczas bowiem Rai i Mediaset, jako dwaj włoscy liderzy rynku, ostatecznie zawdzięczałyby szczególnie korzystny stosunek przekształcenia w wysokości 66,67% (w każdym przypadku po dwa cyfrowe multipleksy za trzy analogowe kanały telewizyjne) zachowaniu sprzecznemu z prawem. Taka przewaga, wynikająca ostatecznie z utrwalenia sprzecznego z prawem stanu, musiałaby zostać uznana za mającą charakter antykonkurencyjny.

71. Tym samym zarówno ewentualny przekraczający miarę przydział częstotliwości cyfrowych dla Rai i Mediaset, jak i ewentualne uwzględnienie przy przekształcaniu analogowych częstotliwości w cyfrowe nielegalnie prowadzonych kanałów telewizyjnych byłyby ewidentnie sprzeczne z wytyczonymi przez prawodawcę unijnego celami wspierania rozwoju konkurencji w sferze sieci i usług łączności elektronicznej oraz wspierania pluralizmu mediów.

72. W takich okolicznościach zapewnienie ciągłości oferty telewizyjnej nie mogłoby posłużyć jako uzasadnienie nierównego traktowania Persidery względem Rai i Mediaset.

*ii) Zachowanie niepodzielności częstotliwości*

73. Natomiast jeśli chodzi o niepodzielność częstotliwości, to jest to ograniczenie, które z natury rzeczy również mogło i musiało być uwzględnione przy przekształcaniu starego systemu analogowych częstotliwości nadawczych w nowy system częstotliwości cyfrowych. W końcu zapobieżenie powstaniu ułamkowych części multipleksów przy przydziale częstotliwości stanowi częściowy aspekt skutecznego zarządzania i wykorzystywania częstotliwości telewizyjnych, do którego dążą państwa członkowskie zgodnie z art. 8 ust. 2 lit. d) i art. 9 ust. 1 i ust. 4 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2002/21 oraz zgodnie z art. 5 ust. 2 akapit pierwszy, art. 5 ust. 5 i art. 5 ust. 6 zdanie pierwsze dyrektywy 2002/20 i które mają zapewnić.

74. Nie ulega wątpliwości, że przydzielenie Rai i Mediaset po trzecim cyfrowym multipleksie było właściwym środkiem dokonania podziału wśród wszystkich uprawnionych operatorów sieci ośmiu multipleksów dostępnych w ramach pierwszej grupy przy zachowaniu ich niepodzielności i bez powstania ułamkowych części.

75. Wspomniany przydział trzeciego cyfrowego multipleksu, odpowiednio, dla Rai i dla Mediaset nie stanowił jednak jedynej możliwości zachowania niepodzielności częstotliwości. W rzeczywistości cel ten można było osiągnąć również w inny sposób, który wywołałby mniej niekorzystne skutki względem warunków konkurencji.

76. Włoskie organy mogły w szczególności przydzielić stanowiące nadwyżkę multipleksy z pierwszej grupy<sup>51</sup> według obiektywnych kryteriów temu lub tym operatorom sieci, którzy byliby w stanie je najlepiej wykorzystać na rzecz wspierania rozwoju konkurencji i do kontynuacji ich dotychczasowych analogowych kanałów telewizyjnych. Nie jest wcale przesądzone, że byliby to dwaj liderzy rynku, Rai i Mediaset.

77. Alternatywnie włoskie organy mogły też ewentualnie – i z zastrzeżeniem dokonania dalszych ustaleń przez sąd odsyłający – przydzielić stanowiące nadwyżkę multipleksy z pierwszej grupy kilku operatorom sieci do wspólnego użytkowania, ze wskazaniem, że każdy z tych operatorów sieci może korzystać z zawartych w nich cyfrowych częstotliwości w określone z góry dni tygodnia lub w określonych z góry porach dnia w celu nadawania swoich kanałów telewizyjnych.

<sup>50</sup> Zadanie Trybunału w ramach postępowania prejudycjalnego nie polega na dokonaniu oceny, czy kanały telewizyjne „RAI 3” i „Rete 4” rzeczywiście prowadzone były lub prowadzone są nielegalnie. Trybunał musi jednak na potrzeby niniejszego postępowania prejudycjalnego wychodzić z założenia przyjętego przez Consiglio di Stato i na tej podstawie dokonać swojej oceny.

<sup>51</sup> Zobacz w tym względzie jeszcze raz pkt 18 niniejszej opinii.

78. Mając na względzie zgodne stanowiska uczestników postępowania, iż każdy cyfrowy multipleks daje możliwość nadawania wielu kanałów telewizyjnych, sąd odsyłający będzie musiał ustalić, czy nie istnieje możliwość użytkowania tego samego multipleksu dla nadawania wielu kanałów telewizyjnych przez różnych dostawców usług.

79. W każdym wypadku należy stwierdzić, że zachowanie niepodzielności częstotliwości nie może posłużyć jako wystarczające uzasadnienie nierównego traktowania Persidery względem Rai i Mediaset.

## VI. Wnioski

80. W świetle powyższych rozważań proponuję, by na pytania prejudycjalne Consiglio di Stato Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

Artykuły 8 i 9 dyrektywy 2002/21, art. 3, 5 i 7 dyrektywy 2002/20 oraz art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77 sprzeciwiają się krajowej metodzie przydzielania cyfrowych częstotliwości telewizyjnych, która skutkuje tym, że dwaj liderzy rynku proporcjonalnie do liczby swoich dotychczasowych analogowych kanałów telewizyjnych otrzymują więcej cyfrowych częstotliwości niż ich mniejsi konkurenci, chyba że takie podejście byłoby uzasadnione z uwagi na realizację leżących w interesie ogólnym uzasadnionych celów.

Do tych uzasadnionych celów należy zapewnienie ciągłości programu telewizyjnego i zachowanie niepodzielności częstotliwości telewizyjnych. Jednakże wynikające z realizacji tych celów nierówne traktowanie operatorów sieci może następować wyłącznie w granicach tego, co przy uwzględnieniu wynikających z tych trzech dyrektyw zasad konkurencji oraz pluralizmu mediów jest niezbędne dla osiągnięcia tych celów w sposób spójny i systematyczny.

Szczególnie poważne naruszenie idei wolnej konkurencji miałoby miejsce wówczas, gdyby w wyniku zastosowania krajowej metody przydzielania cyfrowych częstotliwości telewizyjnych dwaj liderzy rynku na skutek uwzględnienia dotychczas nielegalnie prowadzonych analogowych kanałów telewizyjnych otrzymali więcej cyfrowych częstotliwości niż ich mniejsi konkurenci.