



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
JULIANE KOKOTT  
föredraget den 30 mars 2017<sup>1</sup>

**Mål C-112/16**

**Persidera SpA**

**mot**

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

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster – Direktiven 2002/20/EG, 2002/21/EG och 2002/77/EG – Övergång från analog till digital television – Fastställande av antalet digitala frekvenser som ska tilldelas innehavare av analoga frekvenser – Beaktande av analoga frekvenser som använts lagstridigt – Omvandlingsförhållande – Omräkningsfaktor – Likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet”

## I. Inledning

1. Det kan inte nog betonas vilken väsentlig betydelse mediernas mångfald och integritet har i dag i ett fritt, demokratiskt samhälle. Numera använder nästan alla särskilt de elektroniska kommunikationsnäten och kommunikationstjänsterna i vardagen och de utgör en förutsättning för en modern demokrati, men de har även stor betydelse för folkbildningen och kulturlivet i Europa. Samtidigt framkommer det gång på gång hur bräckliga och mottagliga för problem de mekanismer är på vilka sådana nätverk och tjänster grundas.
2. Det har flera gånger uppblussat häftiga debatter i Italien om mångfald på tv under de senaste årtiondena. Således är det inte förvånande att även övergången från analog till digital television har lett till tvister om den rättvisa tilldelningen av de nya digitala tv-frekvenserna.
3. Förevarande mål rör särskilt tilldelningen av de digitala frekvenser som från statens sida uttryckligen var reserverade för bibehållandet av befintliga analoga tv-program. Persidera (tidigare Telecom Italia Media Broadcasting – TIMB),<sup>2</sup> en av de italienska nätoperatörerna, anser sig ha blivit missgynnad jämfört med sina konkurrenter – nämligen de ledande företagen på marknaden, Rai och Mediaset – vid omvandlingen av analoga frekvenser till digitala.

<sup>1</sup> Originalspråk: tyska.

<sup>2</sup> Vid den slutgiltiga övergången till digital television bedrev Persidera – respektive TIMB i egenskap av dess rättsliga företrädare – två analoga ("La 7" och "MTV") och två digitala ("TIMB1" och "MBONE") tv-kanaler i Italien.

4. I förevarande mål ska EU-domstolen klargöra vilka krav som uppställs enligt unionsrätten på en rättvis fördelning av frekvenserna. Därvid ska beaktas att Republiken Italien med den nu omtvistade metoden för frekvenstilldelning inte minst var skyldig att beakta Europeiska kommissionens farhågor i ett pågående fördragsbrottsförfarande<sup>3</sup> och en dom från EU-domstolen i ett mål om förhandsavgörande.<sup>4</sup>

5. Avgörande för bedömningen av detta problem är det sedan år 2002 gällande ”nya gemensamma regelverket”, vilket består av flera direktiv från unionslagstiftaren samt de allmänna unionsrättsliga principerna.

6. Det aktuella förfarandet i mål C-112/16 har ett nära samband med förfarandet för förhandsavgörande i mål C-560/15, i vilket jag även meddelar mitt förslag till avgörande i dag. De rättsfrågor som har uppkommit där gäller visserligen i huvudsak samma unionsrättsliga bestämmelser och principer, men rör inte den nu omtvistade omvandlingen av äldre analoga frekvenser till nya digitala frekvenser och de rättsliga problem som har uppkommit är helt andra.

## II. Tillämpliga bestämmelser

7. Den unionsrättsliga ramen i förevarande mål utgörs av tre direktiv från år 2002 om elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, vilka samtliga ingår i det nya gemensamma regelverket för elektroniska kommunikationstjänster och kommunikationsnät samt tillhörande faciliteter och tjänster, nämligen ramdirektivet (direktiv 2002/21/EG),<sup>5</sup> auktorisationsdirektivet (direktiv 2002/20/EG)<sup>6</sup> och konkurrensdirektivet (direktiv 2002/77/EG)<sup>7</sup>. De båda förstnämnda direktiven gäller i sin lydelse enligt direktiv 2009/140/EG.<sup>8</sup>

### A. Ramdirektiv (direktiv 2002/21)

8. Inledningsvis ska hänvisas till skälen 6 och 19 i direktiv 2002/21, vilka i relevanta delar har följande lydelse:

”(6) Regleringen av den audiovisuella politiken och innehållet genomförs för att nå mål som avser allmänintresset, som yttrandefrihet, mediemångfald, opartiskhet, kulturell och språklig mångfald, social delaktighet, konsumentskydd och skydd av minderåriga. ...

...

(19) Radiofrekvenser är en väsentlig förutsättning för radiobaserade elektroniska kommunikationstjänster och, i den mån de används för sådana tjänster, bör de därför fördelas och tilldelas av de nationella regleringsmyndigheterna i enlighet med harmoniserade mål och

3 Fördragsbrottsförfarande nr 2005/5086 (se kommissionens pressmeddelanden IP/06/1019 av den 19 juli 2006 och IP/07/1114 av den 18 juli 2007). Detta förfarande, i vilket kommissionen lämnade ett motiverat yttrande i juli 2007 i den mening som avses i artikel 258 första stycket FEUF (f.d. artikel 226 första stycket EG), har ännu inte avslutats.

4 Dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

5 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 33).

6 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 21).

7 Kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (konkurrensdirektiv) (EGT L 249, 2002, s. 21).

8 Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 om ändring av direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/19/EG om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter och direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EUT L 337, 2009, s. 37, och rättelse i EUT L 241, 2013, s. 8).

principer som styr deras verksamhet och objektiva, öppet redovisade och icke-diskriminerande kriterier, där hänsyn tas till demokratiska, sociala, språkliga och kulturella intressen i samband med användningen av frekvenserna.

9. Under rubriken ”Allmänna mål och regleringsprinciper” föreskrivs sedan bland annat följande i artikel 8.1 och 8.2 i direktiv 2002/21:

”1. Medlemsstaterna skall säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna, i samband med att de fullgör de regleringsuppgifter som anges i detta direktiv och i särdirektiven, vidtar alla rimliga åtgärder för att uppnå de mål som framgår av punkterna 2, 3 och 4. Åtgärderna skall stå i proportion till dessa mål.

...

2. De nationella regleringsmyndigheterna skall främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster samt tillhörande faciliteter och tjänster och därvid bland annat

...

b)

säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation, bland annat i samband med överföring av innehåll,

...

d) främja en effektiv användning och säkerställa en ändamålsenlig förvaltning av radiofrekvenser och nummerresurser.

10. Dessutom innehåller artikel 9 i direktiv 2002/21 följande bestämmelser avseende ”[f]örvaltning av radiofrekvenserna för elektroniska kommunikationstjänster”:

”1. Med hänsyn till att radiofrekvenser är en kollektiv nyttighet av stort socialt, kulturellt och ekonomiskt värde ska medlemsstaterna säkerställa en effektiv förvaltning av radiofrekvenserna för elektroniska kommunikationstjänster inom sitt territorium i enlighet med artiklarna 8 och 8a. De ska säkerställa att spektrumallokering för elektroniska kommunikationstjänster och utfärdande av allmän auktorisation eller individuella nyttjanderätter till sådana radiofrekvenser som utförs av behöriga nationella myndigheter grundas på objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella kriterier.

Vid tillämpningen av denna artikel ska medlemsstaterna respektera relevanta internationella avtal, inbegripet Internationella telekommunikationsunionens (ITU) radioreglemente, och får ta hänsyn till allmänintresset.

...

4. ...De åtgärder som kräver att en elektronisk kommunikationstjänst ska tillhandahållas inom ett specifikt band som är tillgängligt för elektroniska kommunikationstjänster ska vara motiverade för att säkerställa att ett mål av allmänt intresse, vilket definierats av medlemsstaterna, uppfylls i enlighet med gemenskapslagstiftningen, som bland annat

a) säkerhet för människors liv,

- b) främjande av social, regional eller geografisk sammanhållning,
- c) undvikande av ineffektivt utnyttjande av radiofrekvenser, eller
- d) främjande av kulturell och språklig mångfald och mediemångfald, exempelvis genom tillhandahållande av radio- och televisionstjänster.

...

7. Utan att det påverkar bestämmelserna i särdirektiven får medlemsstaterna med beaktande av relevanta nationella förhållanden fastställa bestämmelser i syfte att hindra hamstring av spektrum, särskilt genom att ange strikta tidsfrister för rättighetshavarens faktiska utnyttjande av nyttjanderätterna och genom att tillämpa sanktioner, inbegripet böter eller återkallande av nyttjanderätterna i händelse av att tidsfristerna inte respekteras. Dessa bestämmelser ska fastställas och tillämpas på ett proportionellt och icke-diskriminerande sätt, vilket är öppet för insyn.”

## **B. Auktorisationsdirektivet (direktiv 2002/20)**

11. Artikel 3.1 i direktiv 2002/20 innehåller följande bestämmelse om ”[a]llmän auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster”:

”Medlemsstaterna skall säkerställa friheten att tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster i enlighet med de villkor som anges i detta direktiv. För detta ändamål får medlemsstaterna hindra ett företag från att tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät eller kommunikationstjänster, endast om detta är nödvändigt för att skydda intressen som rör allmän ordning, allmän säkerhet eller folkhälsa.”

12. I artikel 5 i direktiv 2002/20 återfinns bland annat dessa bestämmelser om ”[n]yttjanderätter till radiofrekvenser och nummer”:

”1. Medlemsstaterna ska underlätta nyttjandet av radiofrekvenser som faller under allmän auktorisation. Vid behov får medlemsstaterna bevilja individuella nyttjanderätter i syfte att

...

– uppfylla andra mål av allmänt intresse som medlemsstaterna fastställt i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

2. Om individuella rättigheter måste beviljas för nyttjandet av radiofrekvenser och nummer ska medlemsstaterna på begäran bevilja företag sådana rättigheter för tillhandahållandet av nät eller tjänster enligt den allmänna auktorisation som avses i artikel 3, om detta inte strider mot bestämmelserna i artikel 6, artikel 7 och artikel 11.1 c i detta direktiv eller andra bestämmelser som ska säkerställa att dessa resurser används på ett effektivt sätt i enlighet med direktiv 2002/21/EG (ramdirektivet).

Utan att det påverkar de särskilda kriterier och förfaranden som medlemsstaterna antagit för att bevilja nyttjanderätter till radiofrekvenser för leverantörer av innehåll i radio- och tv-sändningar för att verka för de mål som avser allmänintressena i enlighet med gemenskapslagstiftningen, ska nyttjanderätterna till radiofrekvenser och nummer beviljas genom öppna, objektiva, icke-diskriminerande och proportionella förfaranden med god insyn och, i fråga om radiofrekvenser, i enlighet med

bestämmelserna i artikel 9 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektivet). Ett undantag från kravet på öppna förfaranden kan tillämpas om det krävs att man beviljar leverantörerna av innehållstjänster för radio- eller tv-sändning individuella nyttjanderätter till radiofrekvenser för att uppnå ett mål av allmänt intresse som medlemsstaterna fastställt i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

...

5. Medlemsstaterna får inte begränsa antalet nyttjanderätter som ska beviljas annat än när detta är nödvändigt för att garantera en effektiv användning av radiofrekvenser i enlighet med artikel 7.

6. De behöriga nationella myndigheterna ska säkerställa att radiofrekvenserna används effektivt i enlighet med artiklarna 8.2 och 9.2 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektivet). De ska säkerställa att konkurrensen inte snedvrids av någon överlåtelse eller ackumulering av nyttjanderätter till radiofrekvenser. ...”

13. Dessutom föreskrivs följande i artikel 7 i direktiv 2002/20 vad gäller ”[f]örfarande för att begränsa det antal nyttjanderätter som skall beviljas till radiofrekvenser”:

”1. Om en medlemsstat överväger huruvida den ska begränsa det antal nyttjanderätter som ska beviljas till radiofrekvenser eller huruvida den ska förlänga befintliga rättigheters giltighet på annat sätt än i enlighet med de villkor som anges i dessa rättigheter, ska den bland annat”.

a) fästa vederbörlig vikt vid behovet av att ge användarna så stort utbyte som möjligt och underlätta utvecklingen av konkurrens,

...

3. Om beviljandet av nyttjanderätter till radiofrekvenser måste begränsas ska medlemsstaterna bevilja sådana rättigheter på grundval av objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella urvalskriterier. För urvalskriterierna ska vederbörlig vikt fästas vid huruvida målen i artikel 8 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektivet) och kraven i artikel 9 i samma direktiv har uppnåtts.

...”

### **C. Konkurrensdirektivet (direktiv 2002/77)**

14. I artikel 2 i direktiv 2002/77, under rubriken ”[e]xklusiva och särskilda rättigheter för elektroniska kommunikationsnät och elektroniska kommunikationstjänster”, återfinns bland annat följande bestämmelser:

”...

2. Medlemsstaterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att alla företag har rätt att tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster samt att upprätta, utvidga eller tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät.

...

4. Medlemsstaterna skall säkerställa att en allmän auktorisation som beviljas företag för att tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster eller för att upprätta och/eller tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät samt villkoren för dessa grundas på objektiva, icke-diskriminerande, proportionerliga och genomblickbara kriterier.

...”

15. Slutligen innehåller artikel 4 i direktiv 2002/77 följande bestämmelse avseende ”[r]ätt att nyttja radiofrekvenser”:

”Utan att det påverkar de särskilda kriterier och förfaranden som medlemsstaterna antagit för att bevilja tillhandahållare av innehållstjänster för radio- och TV-sändningar rätt att nyttja radiofrekvenser i syfte att fullfölja allmänna intresse mål i enlighet med gemenskapslagstiftningen gäller följande:

...

2. Tilldelningen av radiofrekvenser för särskilda kommunikationstjänster skall grundas på objektiva, genomblickbara, icke-diskriminerande och proportionerliga kriterier.

### III. Bakgrund och förfarandet i målet vid den nationella domstolen

16. Övergången från analog till digital television i Italien gjorde att det krävdes ett förfarande för att tilldela de nya, digitala sändningsfrekvenserna som är kraftfullare än de analoga.<sup>9</sup> I detta syfte meddelade Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>10</sup> (AGCOM) den 7 april 2009 beslut 181/09/CONS,<sup>11</sup> i vilket myndigheten fastställde kriterierna för den fullständiga digitaliseringen av markbundna nät och samtidigt fastställde en mekanism för allokering av de frekvenser som skulle tilldelas för dessa. Detta beslut antogs mot bakgrund av ett pågående fördragsbrottsförfarande,<sup>12</sup> genom vilket Europeiska kommissionen uppmanat Italien att inte vid tilldelningen av sina digitala frekvenser gynna de operatörer av analoga tv-kanaler som redan var verksamma på marknaden.

17. Tilldelningen av digitala frekvenser planerades genomföras i form av 21 så kallade multiplexrar för markbunden överföring i hela landet.<sup>13</sup> En multiplexer möjliggör härvidlag en integrering av olika audio- video- och datasignaler till en gemensam dataström, varigenom utnyttjandet av de frekvenser som står till förfogande optimeras.

18. För att säkerställa en rättvis fördelning av dessa digitala multiplexrar vid vilken inte endast de hittillsvarande operatörerna av analoga tv-kanaler beaktades, utan även de som redan tidigare har investerat i inrättandet av digitala nät, samt dessutom de som vill etablera sig på denna nya marknad, delades de 21 enheterna in i tre grupper som tilldelades enligt olika fördelningskriterier. Dessutom fastställdes en övre gräns, enligt vilken ingen nätoperatör själv fick förfoga över fler än fem multiplexrar. Kommissionen hade även krävt en sådan övre gräns på fem multiplexrar i fördragsbrottsförfarandet.

19. Konkret skulle de aktuella 21 multiplexrarna tilldelas på följande sätt:

- I en *första grupp* förbehölls åtta multiplexrar för omvandlingen av de befintliga analoga tv-näten till digitala tv-nät. Dessa skulle fördelas rättvist, med beaktande av säkerställandet av ett kontinuerligt tv-utbud. Varje befintlig tillhandahållare av analog tv skulle således tilldelas minst en multiplexer, men operatörer med flera analoga kanaler skulle erhålla en multiplexer mindre än vad som motsvarande deras analoga kanaler. På detta sätt erhöll bland annat Rai och Mediaset, vilka dittills

9 En av de stora fördelarna med digital television är – till skillnad från analog television – att flera program kan sändas inom ett och samma frekvensområde.

10 Italienska kommunikationsregleringsmyndigheten.

11 Detta beslut vann kraft genom lagdekret (Decreto-legge) nr 59/2008 i förening med lag nr 101/2008.

12 Se ovan fotnot 3.

13 Vissa parter i målet talar om sammanlagt 22 multiplexrar. Denna skillnad saknar emellertid betydelse i förevarande mål om förhandsavgörande.



hade bedrivit tre analoga tv-kanaler var, två multiplexrar, medan TIMB som dittills hade bedrivit två analoga tv-kanaler, i sin tur erhöll en multiplexer. Rete A och två andra nätoperatörer erhöll en multiplexer var.

- I en *andra grupp* skulle åtta multiplexrar tilldelas de nätoperatörer som hade investerat i inrättandet av digitala nät. Därigenom erhöll Rai, Mediaset och TIMB ytterligare två multiplexrar var, medan Rete A och en annan nätoperatör erhöll en multiplexer var.
- I en *tredje grupp* skulle slutligen de återstående fem multiplexrarna, vilka även betecknades som ”digitala utdelning”,<sup>14</sup> tilldelas som nya ytterligare frekvenser enligt objektiva, transparenta, proportionella och icke-diskriminerande kriterier.

20. Mot denna bakgrund genomförde det italienska ministeriet för ekonomisk utveckling<sup>15</sup> tilldelningen av de digitala multiplexrarna.

21. I förevarande mål rör tvisten vid den nationella domstolen endast en del av dessa multiplexrar, nämligen de i den första gruppen. Eftersom bolaget ansåg sig ha blivit missgynnad i förhållande till dess större konkurrenter genom den metod som tillämpades för att omvandla de analoga frekvenserna till digitala,<sup>16</sup> väckte TIMB talan vid Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio<sup>17</sup> (TAR) för att erhålla ytterligare en multiplexer från nämnda första grupp samt erhålla skadestånd.

22. Vid TAR gjorde TIMB bland annat gällande att omvandlingen av de hittillsvarande analoga frekvenserna i nya digitala frekvenser var mindre förmånlig för bolaget än för Rai och Mediaset. Medan TIMB erhöll en multiplexer för två analoga frekvenser, vilket innebar en omvandlingsfaktor på 50 procent, erhöll Rai och Mediaset två multiplexrar för tre analoga tv-kanaler, vilket innebär en mer förmånlig omvandlingsfaktor på 66,67 procent. Dessutom gjorde TIMB gällande att omvandlingen i digitala frekvenser för Rai och Mediaset gjordes med beaktande av analoga tv-kanaler som de båda sistnämnda nätoperatörerna drivit lagstridigt utan att beakta de lagstadgade gränserna för koncentration.

23. Efter att bolagets talan ogillats i första instans,<sup>18</sup> överklagade TIMB till Consiglio di Stato,<sup>19</sup> (hänskjutande domstol i detta mål). Medan förfarandet vid Consiglio di Stato pågick slogs TIMB samman med Rete A som i sin tur innehade två multiplexrar. Det nya företag som bildades vid fusionen kallades Persidera och innehar sedan dess sammanlagt fem multiplexrar vilket, såsom redan nämnts, utgör den högsta lagstadgade gränsen för varje nätoperatör.

#### **IV. Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid EU-domstolen**

24. Genom beslut av den 2 juli 2015, som inkom till EU-domstolen den 24 februari 2016, har Consiglio di Stato vilandeförklarat målet och hänskjutit följande frågor till EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF:

- ”1) Utgör unionsrätten, och i synnerhet artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF, artikel 9 i direktiv 2002/21/EG, artiklarna 3, 5 och 7 i direktiv 2002/20/EG, artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77/EG, samt principerna om icke-diskriminering, öppenhet, fri konkurrens,

<sup>14</sup> Angående begreppet digital utdelning, se skäl 26 i direktiv 2009/140. Se dessutom punkt 1 i meddelande från Europeiska kommissionen av den 13 november 2007, ”Maximal nytta av den digitala utdelningen i Europa: Ett gemensamt sätt att hantera det spektrum som frigörs i samband med övergången till digitala sändningar”, KOM(2007) 700 slutlig.

<sup>15</sup> Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

<sup>16</sup> Se ovan, första strecksatsen i punkt 19 i detta förslag till avgörande.

<sup>17</sup> Förvaltningsdomstol för regionen Lazio.

<sup>18</sup> Se dom nr 1398/2014 från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

<sup>19</sup> Högsta förvaltningsdomstolen.

proportionalitet, effektivitet och mångfald bland informationskällor, hinder för en nationell bestämmelse som vid fastställandet av antalet digitala nät som skulle tilldelas operatörer i samband med övergången från analoga nät i lika hög grad beaktade dels analoga nät som drevs helt lagligt, dels analoga nät som tidigare antingen drevs i strid med de gränser för koncentration som föreskrivs i nationella bestämmelser, vilka redan har varit föremål för kritik från Europeiska unionens domstol eller Europeiska kommissionen, eller under alla omständigheter drevs utan koncession?

- 2) Utgör unionsrätten, och i synnerhet artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF, artikel 9 i direktiv 2002/21/EG, artiklarna 3, 5 och 7 i direktiv 2002/20/EG, artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77/EG, samt principerna om icke-diskriminering, öppenhet, fri konkurrens, proportionalitet, effektivitet och mångfald bland informationskällor, hinder för en nationell bestämmelse som vid fastställandet av antalet digitala nät som skulle tilldelas operatörer i samband med övergången från analoga nät beaktade samtliga analoga nät som drevs fram till den tidpunkten – även de som antingen drevs i strid med de gränser för koncentration som föreskrivs i nationella bestämmelser, vilka redan har varit föremål för kritik från Europeiska unionens domstol eller Europeiska kommissionen, eller under alla omständigheter drevs utan koncession – och som i praktiken har resulterat i att en operatör med flera nät har tilldelats färre digitala nät jämfört med antalet nät som vederbörande drev med hjälp av analog teknik och ifrågavarande minskning dessutom är proportionellt sett större än den minskning som har berört konkurrenterna?”

25. Vid förfarandet vid EU-domstolen har Persidera, Rai och Reti televisive italiane (RTI),<sup>20</sup> den italienska och den slovenska regeringen samt Europeiska kommissionen inkommit med skriftliga yttranden. Med undantag för Slovenien deltog dessa parter även vid förhandlingen den 2 februari 2017, vilken ägde rum direkt efter förhandlingen i mål C-560/15.

## V. Bedömning

### A. Huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning

26. Enligt artikel 94 i EU-domstolens rättegångsregler<sup>21</sup> ska begäran om förhandsavgörande utöver tolkningsfrågan även innehålla de uppgifter som krävs om den faktiska och rättsliga bakgrunden i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen ska även fastställa vilket samband som föreligger mellan de unionsrättsliga bestämmelser som ska tolkas och det nationella målet, samt redogöra för de skäl som fått den att undra över tolkningen eller giltigheten av dessa bestämmelser. Enligt rättspraxis ska uppgifterna om den faktiska och rättsliga bakgrunden tillmätas särskild betydelse i konkurrensrättsliga mål.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> RTI tillhör Mediasetkoncernen.

<sup>21</sup> EU-domstolen har till exempel framhållit kravet på att beakta artikel 94 i rättegångsreglerna i beslut av den 12 maj 2016, *Security Service* m.fl. (C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, punkt 18). Redan tidigare har det i fast rättspraxis uppställts krav för upptagande till sakprövning vid begäran om förhandsavgörande med samma innehåll, se, exempelvis, dom av den 24 april 2012, *Kamberaj* (C-571/10, EU:C:2012:233, punkt 42), och dom av den 21 december 2016, *Vervloet* m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, punkterna 56 och 57).

<sup>22</sup> Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 8 oktober 2002, *Viacom* (C-190/02, EU:C:2002:569, punkterna 21 och 22), samt dom av den 26 januari 1993, *Telemarsicabruzzo* m.fl. (C-320/90–C-322/90, EU:C:1993:26, punkt 7), dom av den 31 januari 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, punkt 58), dom av den 21 november 2013, *Deutsche Lufthansa* (C-284/12, EU:C:2013:755, punkt 20), och dom av den 13 februari 2014, *Airport Shuttle Express* m.fl. (C-162/12 och C-163/12, EU:C:2014:74, punkt 38).



## **1. De primärrättsliga bestämmelserna saknar relevans för utgången i målet**

27. Såsom RTI och den italienska regeringen har framhållit innehåller begäran om förhandsavgörande i förevarande mål inte några som helst förklaringar avseende i vilken utsträckning de primärrättsliga bestämmelserna i artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF skulle vara relevanta för utgången i målet vid den nationella domstolen.

28. I synnerhet med avseende på artikel 56 FEUF ska det påpekas att samtliga omständigheter i målet vid den nationella domstolen hänför sig till en och samma medlemsstat och att den hänskjutande domstolen i detta fall – till skillnad från i målet *Centro Europa 7* – inte söker hänvisa till det förbud mot diskriminering av inhemska medborgare som föreskrivs i den italienska författningen.<sup>23</sup> Således framgår inte hur EU-domstolen genom den begärda tolkningen av artikel 56 FEUF kan bidra till att lösa tvisten vid den nationella domstolen.

29. Vad gäller de konkurrensrättsliga bestämmelserna i artiklarna 101, 102 och 106 FEUF räcker det att påpeka att dessa är tillämpliga på agerande från företag, medan förevarande mål avser statliga myndigheters agerande vid tilldelningen av tv-frekvenser. Visserligen är det enligt artikel 102 första stycket FEUF jämförd med artikel 106.1 FEUF förbjudet för medlemsstaterna att skapa en situation som underlättar för särskilda företag – här Rai och Mediaset – att missbruka sin påstådda kollektivt dominerande ställning.<sup>24</sup> Det skulle emellertid vara för långtgående att endast på grund av ett eventuellt felaktigt tillvägagångssätt från de statliga italienska myndigheterna vid tilldelningen av digitala tv-frekvenser anse att det troligen eller till och med nödvändigtvis föreligger ett konkurrensbegränsande beteende från Rai och Mediaset.

30. Såvida den hänskjutande domstolen endast åsyftar en allmän behandling av *konkurrensprincipen* är det tillräckligt att EU-domstolen behandlar denna fråga inom ramen för sitt resonemang avseende de tre direktiven 2002/20, 2002/21 och 2002/77. Det krävs inte någon särskild tolkning av artiklarna 101, 102 och 106 FEUF i detta hänseende.

31. Följaktligen ska tolkningsfrågorna inte tas upp till sakprövning såvitt gäller tolkningen av artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF.

## **2. Relevansen av tolkningsfrågorna med avseende på Persidera**

32. Den italienska regeringen anser vidare att begäran om förhandsavgörande saknar relevans, eftersom Persidera under tiden ändå har erhållit det maximala möjliga antalet på fem multiplexrar med sändningsfrekvenser för digital television.

33. Det är riktigt att en begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning om det är fastställt att det saknas anledning att döma i saken i det nationella målet.<sup>25</sup> I förevarande mål föreligger det dock inte tillräckliga bevis för detta, i synnerhet kan det inte anses uppenbart att det saknas anledning att döma i saken. Tvärtom framgår det av handlingarna i målet att Persidera vid

<sup>23</sup> Dom av den 31 januari 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, punkterna 64–71, särskilt punkt 69).

<sup>24</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 1991, *ERT* (C-260/89, EU:C:1991:254, punkt 37), dom av den 31 januari 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, punkt 60), och dom av den 1 juli 2008, *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376, punkt 50). Se även mitt förslag till avgörande i mål *Taricco m.fl.* (C-105/14, EU:C:2015:293, punkt 60).

<sup>25</sup> Dom av den 20 januari 2005, *García Blanco* (C-225/02, EU:C:2005:34), och dom av den 24 oktober 2013, *Stoilov i Ko* (C-180/12, EU:C:2013:693), samt beslut av den 14 oktober 2010, *Reinke* (C-336/08, EU:C:2010:604).

de nationella förvaltningsdomstolarna inte enbart yrkar tilldelning av en ytterligare digital multiplexer, utan även har krävt skadestånd. Eftersom det inte är uteslutet att företaget kan beviljas skadestånd för ett tidigare rättsstridigt agerande från de italienska myndigheterna, presumeras det i detta avseende att tolkningsfrågorna har relevans för utgången i målet.<sup>26</sup>

34. Mot denna bakgrund kan den italienska regeringens invändning att det saknas anledning att döma i saken inte godtas.

### ***3. Tillräckliga uppgifter med avseende på två tv-kanalers påstådda lagstridighet***

35. Slutligen ska det fastställas huruvida begäran om förhandsavgörande eventuellt ska avvisas för att den innehåller för få uppgifter avseende Persideras påstående att två tv-kanaler från bolagets konkurrenter bedrevs lagstridigt. Denna lagstridighet utgör en förutsättning som ligger till grund för hela begäran om förhandsavgörande. Både den första och den andra tolkningsfrågan bygger uttryckligen på detta.

36. Det ska medges att begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato inte utgör något mönsterexempel vad gäller klarhet och exakthet i detta avseende. Det hade varit önskvärt att begäran om förhandsavgörande hade innehållit mer konkreta och mer strukturerade uppgifter avseende det exakta innehållet i denna påstådda lagstridighet och hur den visar sig. I detta avseende innehåller begäran om förhandsavgörande endast mycket begränsade faktiska och rättsliga uppgifter.

37. Dock anser jag att det i begäran om förhandsavgörande – trots obestridliga brister – tillräckligt tydligt kommer till uttryck vilken sorts lagstridighet som avses. Det är här, såsom redan framgår av ordalydelsen i de båda tolkningsfrågorna, frågan om ett åsidosättande av ”de gränser för koncentration som föreskrivs i nationella bestämmelser” och att de aktuella tv-kanalerna ”drevs utan koncession”.

38. Såsom framgår av handlingarna i målet utgörs de båda påstått lagstridigt bedrivna tv-kanalerna dels av kanalen ”RAI 3” från det statliga tv-bolaget Rai, dels av kanalen ”Rete 4” från den privata Mediasetkoncernen. I huvudsak argumenterar Persidera att beaktandet av dessa båda kanaler vid övergången från analog till digital television har lett till ett otillbörligt gynnande av Rai och Mediaset i förhållande till deras mindre konkurrenter. Rai och Mediaset har på detta sätt erhållit fler digitala frekvenser i form av multiplexrar än de egentligen hade rätt till.

39. Således har EU-domstolen tillräckliga uppgifter i detta avseende för att på ett ändamålsenligt sätt kunna besvara tolkningsfrågorna. Detta framgår inte minst av de yttranden som flera av parterna har ingett till EU-domstolen i förevarande mål.<sup>27</sup>

40. Således kan begäran om förhandsavgörande tas upp till sakprövning med avseende på påståendet av två tv-kanaler var lagstridiga.

<sup>26</sup> Dom av den 7 september 1999, Beck och Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, punkt 22), dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 25), dom av den 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punkt 20), och dom av den 21 december 2016, Vervloet m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, punkt 57).

<sup>27</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2011, Boxus m.fl. (C-128/09–C-131/09, C-134/09 och C-135/09, EU:C:2011:667, punkt 27).

41. Detta påverkas inte heller av det förhållandet att flera parter – nämligen Rai, RTI och den italienska regeringen – med eftertryck påstår att ”RAI 3” och ”Rete 4” i själva verket inte bedrivs lagstridigt. Enligt fast rättspraxis<sup>28</sup> ska EU-domstolen enbart hålla sig till den hänskjutande domstolens beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning, vars riktighet den inte ska pröva,<sup>29</sup> även om denna beskrivning ifrågasätts av vissa parter, nämligen Rai, RTI och Italien.

#### **4. Slutsats i denna del**

42. Sammantaget kan begäran om förhandsavgörande således tas upp till sakprövning, förutom med avseende på artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF.

### **B. Bedömning i sak av tolkningsfrågorna**

43. Såväl de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen som den tillämpliga lagstiftningen är mycket komplexa. Tyvärr har varken uppgifterna från den hänskjutande domstolen eller från parterna bidragit till klargörande i detta avseende. Snarare har de bidragit till att göra målet onödigt komplicerat och flytta fokus från de huvudsakliga frågorna.

44. Förevarande mål ska, såsom redan nämnts, betraktas mot bakgrund av övergången från analog till digital television i Italien, och målet genomlyser i rättsligt hänseende en del av denna övergång. Målet avser uteslutande beräkningen av antalet digitala sändningsfrekvenser som skulle tilldelas de nätoperatörer som redan tidigare var verksamma på den analoga tv-marknaden. I vilken utsträckning var det vid beräkningen av dessa frekvenser tillåtet att beakta det antal analoga tv-program som de aktuella företagen hittills sände? Var det tillåtet att beakta analoga tv-kanaler som påstås ha drivits lagstridigt vid denna beräkning (första tolkningsfrågan) och får denna beräkning i matematiskt hänseende medföra skillnader vid omvandlingen (andra tolkningsfrågan)?

45. Jag anser att de båda frågor som Consiglio di Stato har ställt har ett så nära samband att det är lämpligt att behandla dem gemensamt.

#### **1. Tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser och rättsprinciper**

46. I första hand är diverse sekundärrättsliga bestämmelser i det nya gemensamma regelverket tillämpliga, nämligen artiklarna 8 och 9 i direktiv 2002/21, artiklarna 3, 5 och 7 i direktiv 2002/20 samt artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77. Av alla dessa bestämmelser framgår gemensamt att medlemsstaterna har ett visst handlingsutrymme vid tilldelningen av frekvenserna. Det krävs emellertid att de beaktar de allmänna unionsrättsliga principerna om icke-diskriminering, insyn och proportionalitet, varvid de även ska säkerställa en effektiv användning och en ändamålsenlig förvaltning av frekvenserna samt vederbörligen beakta konkurrenstanken och mediemångfalden.

<sup>28</sup> Se, exempelvis, dom av den 25 januari 2011, Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, punkt 41), och dom av den 6 oktober 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, punkt 13).

<sup>29</sup> Fast rättspraxis, se exempelvis dom av den 13 oktober 2016, Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, punkt 16), och dom av den 31 januari 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, punkt 56).

47. Nämda bestämmelser och rättsprinciper ska inte enbart beaktas vid den första tilldelningen av frekvenser, utan även vid varje ytterligare tilldelning av frekvenser – exempelvis vid den nu aktuella övergången från analoga till digitala frekvenser.<sup>30</sup> Det nya, gemensamma regelverket är nämligen tillämpligt på alla transaktioner som leder till en tilldelning av frekvenser,<sup>31</sup> annars kan det mål som föreskrivs i unionsrätten på att åstadkomma en situation som uppfyller kraven i det nya gemensamma regelverket inte uppnås. Dessutom ledde särskilt övergången till den nya tekniken för digital television i själva verket till en första tilldelning av detta slags sändningsfrekvenser.

48. I förevarande mål framgick det klart och tydligt enligt vilken metod de analoga tv-frekvenser som dittills använts skulle omvandlas till digitala i Italien. Således består problemet i mindre utsträckning i att det saknades insyn i det sätt på vilket omvandlingen genomfördes. Persidera anser sig snarare *missgynnad* på grund av den av nationella myndigheter i Italien valda *omvandlingsmetoden* i förhållande till dess större konkurrenter, nämligen i förhållande till Rai och Mediaset. Tvisten rör således i slutänden principen om likabehandling, respektive icke-diskriminering,<sup>32</sup> vid vars tillämpning enligt sakens natur även de andra principer på vilka det nya gemensamma regelverket grundas, samt proportionalitetsprincipen, spelar en viktig roll.

49. Medlemsstaterna är vid genomförandet av unionsrätten skyldiga att beakta såväl likabehandlingsprincipen som proportionalitetsprincipen, i likhet med samtliga allmänna unionsrättsliga principer.<sup>33</sup> Medlemsstaterna får inte grunda sig på en tolkning av tillämpliga direktiv som skulle stå i strid med de allmänna unionsrättsliga principerna.<sup>34</sup> I det nya gemensamma regelverket erinras för övrigt i sin tur, på sekundärrättslig nivå, om denna primärrättsliga skyldighet och den preciseras särskilt i artikel 8.1, artikel 9.1 andra meningen och skäl 19 i direktiv 2002/21, vidare i artikel 5.2 andra stycket och artikel 7.3 i direktiv 2002/20 samt slutligen i artikel 2.4 och artikel 4 led 2 i direktiv 2002/77.<sup>35</sup>

## 2. Principen om likabehandling

50. Den unionsrättsliga principen om likabehandling, vilken numera stadgas i artiklarna 20 och 21 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, innebär enligt fast rättspraxis att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.<sup>36</sup>

30 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 mars 2013, Belgacom m.fl. (C-375/11, EU:C:2013:185, punkterna 37–39), angående tillämpningen av direktiv 2002/20 på förlängningen av redan tilldelade nyttjanderätter till radiofrekvenser.

31 Detta antyds exempelvis i artikel 7.2 i direktiv 2002/20, där det talas om beviljande av ”ytterligare” nyttjanderätter till radiofrekvenser.

32 Avseende detta begrepp, se exempelvis dom av den 12 september 2006, Eman och Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, punkt 57). Nedan kommer jag för enkelhetens skull genomgående att tala om likabehandlingsprincipen.

33 Se, för en grundläggande aspekt avseende skyldigheten att beakta de allmänna unionsrättsliga principerna, dom av den 10 mars 2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, punkt 45, andra meningen), och dom av den 26 april 2005, ”Goed Wonen” (C-376/02, EU:C:2005:251, punkt 32). Se särskilt beträffande likabehandlingsprincipen, dom av 11 juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, punkt 56, första och andra meningen), samt beträffande proportionalitetsprincipen, dom av den 10 mars 2005, Tempelman och van Schaijk (C-96/03 och C-97/03, EU:C:2005:145, punkt 46), och dom av den 9 mars 2010, ERG m.fl. (C-379/08 och C-380/08, EU:C:2010:127, punkt 86).

34 Dom av den 6 november 2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, punkt 87), dom av den 26 juni 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. (C-305/05, EU:C:2007:383, punkt 28 andra meningen), dom av den 21 december 2011, NS (C-411/10 och C-493/10, EU:C:2011:865, punkt 77), och dom av den 19 september 2013, omprövning kommissionen/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punkt 40).

35 I artikel 2.4 och artikel 4 led 2 i direktiv 2002/77 talas om ”proportionerliga” kriterier, vilket inte utgör något annat än en hänvisning till proportionalitetsprincipen.

36 Dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, punkt 23), dom av den 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals och Akros Chemicals/kommissionen (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punkterna 54 och 55), och dom av den 21 december 2016, Vervloet m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, punkt 74).

**a) Skillnader i behandlingen**

51. Frågan huruvida situationer är att anse som lika ska bland annat bedömas utifrån föremålet för och syftet med den aktuella åtgärden. Därvid ska man beakta principerna och målsättningarna för det område som den aktuella åtgärden omfattas av.<sup>37</sup>

52. I förvarande mål ska således de situationer i vilka Rai, Mediaset och Persidera befinner sig i prövas med avseende på allokeringen av de åtta multiplexrar som skulle tilldelas i den första gruppen av digitala tv-frekvenser.<sup>38</sup> Dessa frekvenser hade, såsom redan nämnts, i syfte att säkerställa ett kontinuerligt tv-utbud och skulle endast tilldelas nätoperatörer som redan innan drev analoga tv-kanaler.

53. Särskilt vad gäller tilldelningen av dessa åtta multiplexrar och syftet med denna tilldelning, befann sig Rai, Mediaset och Persidera, såvitt framgår, i en fullkomligt jämförbar situation. Samtliga tre företag hade nämligen redan bedrivit befintliga analoga tv-kanaler i Italien. Således kunde vart och ett av dessa företag göra anspråk på de digitala frekvenserna från den första gruppen av åtta multiplexrar, vilka skulle göra det möjligt att bibehålla deras respektive tv-program, enligt den plan för frekvensallokering som upprättats för Italien.

54. *Formellt* betraktat förelåg det säkerligen inte någon skillnad i behandlingen mellan Rai, Mediaset och Persidera. Tvärtom användes samma omräkningsmetod på samtliga hittillsvarande operatörer av analoga tv-kanaler i Italien. Enligt denna metod erhöll alla nätoperatörer som redan hade erbjudit analog television minst en digital multiplexer, och de av dem som hittills hade förfogat över flera analoga tv-kanaler tilldelades var och en multiplexer mindre än det egentliga antalet analoga kanaler.

55. Likabehandlingsprincipen omfattar emellertid inte enbart formella (direkta, omedelbara) skillnader i behandlingen, utan även *materiella* (indirekta, medelbara) skillnader i behandlingen, vid vilka tillämpningen av ett till synes neutralt kriterium i praktiken särskilt påverkar en viss berörd person eller en viss grupp berörda personer negativt.<sup>39</sup>

56. I förevarande mål var nämnda omvandlingsmetod särskilt till nackdel för Persidera (tidigare TIMB) som till skillnad från de båda stora nätoperatörerna Rai och Mediaset hittills inte drev tre, utan endast två analoga tv-kanaler. Medan detta medförde en omvandlingsfaktor på 66,67 procent för Rai och Mediaset (för tre analoga tv-kanaler tilldelades de två digitala multiplexrar var), utgjorde nämligen omvandlingsfaktorn för Persidera – tidigare TIMB – endast 50 procent (för bolagets två analoga tv-kanaler tilldelades TIMB endast en digital multiplexer).

57. Således ledde den metod som användes i Italien för att omvandla de befintliga analoga sändningsfrekvenserna till nya digitala frekvenser visserligen inte till en uppenbar skillnad i behandlingen av Persidera gentemot bolagets båda större konkurrenter Rai och Mediaset med avseende på *omvandlingsmetoden*, men med avseende på det *omvandlingsresultat* som uppnåddes.

37 Dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, punkterna 25 och 26), dom av den 1 mars 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100, punkt 29), dom av den 11 juli 2013, Ziegler/kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punkt 167), och dom av den 6 november 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, punkt 51).

38 Se i detta avseende punkt 19 ovan i detta förslag till avgörande.

39 Se exempelvis avseende diskrimineringsförbudet inom ramen för den fria rörligheten för arbetstagare, dom av den 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punkt 49). Avseende begreppen formell och materiell diskriminering, se, för fullständighetens skull, även generaladvokat Lagranges förslag till avgörande i målet Italien/kommissionen (13/63, EU:C:1963:9) och generaladvokat VerLorens förslag till avgörande i de förenade målen Seco och Desquenne & Giral (62/81 och 63/81, EU:C:1981:305).



## **b) Berättigande**

58. Enligt det nya gemensamma regelverket är det uttryckligen tillåtet för de nationella myndigheterna att vidta åtgärder genom vilka mål av allmänintresse beaktas inom ramen för tilldelningen och användningen av frekvenser (se särskilt artikel 9.1 andra stycket och 9.4 andra stycket i direktiv 2002/21 samt artikel 5.1 andra meningen sista strecksatsen och 5.2 andra stycket i direktiv 2002/20).<sup>40</sup>

59. I förfarandet vid EU-domstolen har i huvudsak två berättigandegrunder gjorts gällande för den beskrivna skillnaden i behandling. Först och främst åsyftade italienska staten att säkerställa ett kontinuerligt tv-utbud.<sup>41</sup> Dessutom var det omöjligt att uppnå ett exakt identiskt omvandlingsförhållande för varje nätoperatör, eftersom frekvenserna var odelbara och inget företag kan tilldelas bråkdelar av multiplexrarna. Jag ska nedan behandla dessa båda syften separat och genomföra en proportionalitetsprövning av de åtgärder som vidtagits för att uppnå dessa syften.

60. Enligt proportionalitetsprincipen, vilken ingår bland de allmänna principerna i unionsrätten, får de åtgärder som vidtas inte gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med bestämmelserna i fråga. När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen.<sup>42</sup>

61. Betydligt elegantare, men innehållsmässigt helt i överensstämmelse med vad som anförts ovan, har till exempel de franska domstolarna i fast rättspraxis anført att en åtgärd ska vara ”ägnad att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås samt vara nödvändig och proportionerlig”.<sup>43</sup> Lika klar är den formulering som utvecklats i tysk rättspraxis enligt vilken det krävs att ett ingrepp i de grundläggande rättigheterna ”eftersträvar ett legitimt mål och är ett lämpligt, nödvändigt och proportionerligt medel för att uppnå detta mål”.<sup>44</sup>

62. Eftersom ett av de grundläggande värdena för samlivet i ett demokratiskt samhälle berörs i förevarande mål genom mediefriheten och mediemångfalden (se även artikel 11.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna) ska stränga bedömningskriterier tillämpas vid proportionalitetsprövningen.<sup>45</sup> En skillnad i behandlingen kan därför enbart accepteras om den är nödvändig för att uppnå mål av allmänintresse på ett sammanhängande och systematiskt sätt.

<sup>40</sup> Se även skäl 36 i direktiv 2009/140.

<sup>41</sup> Rai hänvisar dessutom till sin särskilda skyldighet att tillhandahålla tjänster av allmänt intresse. Denna aspekt har emellertid inte tagits upp av den hänskjutande domstolen, varför jag inte heller kommer att behandla den närmare nedan. Jag nöjer mig med att påpeka att mitt resonemang avseende säkerställandet av ett kontinuerligt tv-utbud, särskilt avseende proportionaliteten, även är tillämpligt på tilldelning av frekvenser i syfte att säkerställa tjänster av allmänt intresse.

<sup>42</sup> Dom av den 11 juli 1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, punkt 21), dom av den 3 juli 2003, Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, punkt 76), och dom av den 10 mars 2005, Tempelman och van Schaijk (C-96/03 och C-97/03, EU:C:2005:145, punkt 47). Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 2010, ERG m.fl. (C-379/08 och C-380/08, EU:C:2010:127, punkt 86), och dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkterna 67 och 91).

<sup>43</sup> I den franska originaltexten: ”adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu’elle poursuit”, se exempelvis Conseil constitutionnel (Frankrike), beslut nr 2015–527 QPC av den 22 december 2015 (FR:CC:2015:2015.527.QPC, punkterna 4 och 12) och nr 2016–536 QPC av den 19 februari 2016 (FR:CC:2016:2016.536.QPC, punkterna 3 och 10), samt Conseil d’État (Frankrike), dom nr 317827 av den 26 oktober 2011 (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

<sup>44</sup> Se i detta avseende nyare rättspraxis från Bundesverfassungsgericht (Tyskland), exempelvis BVerfGE sidorna 120, 274 och s. 318 och 319 (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, punkt 218). I detta sammanhang är begreppet ”lämplig” synonymt med ”proportionerlig i strikt mening”.

<sup>45</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 och C-594/12, EU:C:2014:238, punkt 47), där EU-domstolen framhåller att unionslagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning kan vara begränsat på grund av ett antal omständigheter, såsom bland annat det område som berörs, beskaffenheten av den rättighet som garanteras genom stadgan, ingreppets beskaffenhet och allvar samt ingreppets syfte.



*i) Säkerställandet av ett kontinuerligt tv-utbud*

63. Vad gäller säkerställandet av ett kontinuerligt tv-utbud, utgör detta ett legitimt intresse som de nationella myndigheterna får lägga till grund för upprättandet av sin plan för frekvensallokering.

64. Denna kontinuitet har särskilt i syfte att skydda konsumenterna, vilket anges på en framträdande plats i skäl 6 i direktiv 2002/21 och dessutom återspeglas i kravet att ”ge användarna så stort utbyte som möjligt” (artikel 7.1 a i direktiv 2002/20). På detta sätt underlättas konsumenternas utövande av deras grundläggande rätt till informationsfrihet (artikel 11.1 andra meningen i stadgan om de grundläggande rättigheterna), men även tillfredsställandet av deras kulturella behov om de tv-kanaler som de är vana vid fortsatt står till förfogande trots övergången från analog till digital television.

65. Det kan mycket väl gynna det kontinuerliga tv-utbudet om den behöriga nationella myndigheten förbehåller en grupp digitala multiplexrar för de nätoperatörer som redan hade analoga tv-kanaler i sitt sortiment och utlovar var och en av dem att de kommer att erhålla tillräckligt många digitala frekvenser för att kunna bibehålla sitt analoga utbud i digital form.

66. Enligt fast rättspraxis anses emellertid en åtgärd ägnad att nå det aktuella målet endast om den verkligen återspeglar behovet av att uppnå detta mål konsekvent och systematiskt.<sup>46</sup>

67. Om det i det nationella målet på grund av – eventuellt framtida – fastställelser från den hänskjutande domstolen skulle framkomma att Rai och Mediaset genom tilldelningen av tre multiplexrar var erhöll fler digitala frekvenser än som behövdes för att bibehålla deras dåvarande analoga tv-kanaler,<sup>47</sup> medan Persidera erhöll färre digitala frekvenser än som behövdes eller i vart fall inte erhöll en lika generös tilldelning, så skulle den omvandlingsmetod som de italienska myndigheterna tillämpade inte vara konsekvent och skulle inte kunna klara en proportionalitetsprövning.

68. Dessutom skulle en för stor tilldelning till det båda ledande företagen på marknaden, Rai och Mediaset, strida mot konkurrensprincipen. Till de grundläggande principerna i det nya gemensamma regelverket hör nämligen främjandet av konkurrensen (se särskilt artikel 7.1 a i direktiv 2002/20 och artikel 8.2 i direktiv 2002/21)<sup>48</sup> och undvikandet av en snedvridning av konkurrensen inom området för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (se särskilt artikel 5.6 i direktiv 2002/20 och artikel 8.2 b i direktiv 2002/21) i kombination med ansträngningar för att främja mediemångfald (se i detta avseende artikel 8.1 tredje stycket, artikel 9.4 andra stycket d och skäl 6 i direktiv 2002/21 samt artikel 11.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna). Konkurrensprincipen och mediemångfalden återspeglas konkret i den unionsrättsligt garanterade friheten att tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (artikel 3.1 i direktiv 2002/20 och artikel 2.2 i direktiv 2002/77). De nationella myndigheterna är uttryckligen skyldiga att se till att konkurrensen inte snedvrids till följd av att nyttjanderätter till radiofrekvenser ackumuleras (artikel 5.6 andra meningen i direktiv 2002/20), och de får vidta åtgärder mot hamstring av spektrum (artikel 9.7 i direktiv 2002/21).

<sup>46</sup> Dom av den 10 mars 2009, Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141, punkt 55), dom av den 17 november 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, punkt 42), och dom av den 13 juli 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, punkt 34). Denna rättspraxis som meddelats rörande de grundläggande friheterna ska även gälla för det sekundärrättsligt reglerade nya gemensamma regelverket, särskilt med tanke på att detta bland annat har i syfte att förverkliga de grundläggande friheterna.

<sup>47</sup> Såväl i den skriftliga som i den muntliga delen av förfarandet vid EU-domstolen har flera av parterna påpekat att flera tv-program kan sändas samtidigt tack vare digitala frekvenser. Ett nyttjande av en digital multiplex för upp till fyra, ja till och med sex sådana program, beroende på överföringens kvalitet har nämnts. Sålunda uppkommer frågan huruvida det inte redan hade varit tillräckligt med en tilldelning av en digital multiplex var för att Rai och Mediaset skulle kunna bibehålla sitt hittillsvarande tv-utbud, vilket enligt parternas uppgifter omfattade tre analoga kanaler var. Rai och Mediaset har emellertid tillbakavisat ett sådant synsätt vid förhandlingen. Det ankommer i slutändan på den hänskjutande domstolen att göra alla lämpliga faktiska fastställelser avseende detta problem och dra de nödvändiga slutsatserna. Därvid ska den beakta att de här omtvistade digitala frekvenserna från den första gruppen endast har i syfte att *bibehålla* och inte exempelvis *bygga ut* eller grundläggande *förbättra* det hittillsvarande tv-utbudet (med undantag för den förbättring som redan kan följa av omställningen till digital överföring).

<sup>48</sup> Se även dom av den 23 april 2015, kommissionen/Bulgarien (C-376/13, EU:C:2015:266, punkt 69).

69. Om de båda överlägset största företagen som är verksamma på den italienska tv-marknaden – Rai och Mediaset – har tilldelats fler digitala multiplexrar än vad som är nödvändigt för att bibehålla deras dittillsvarande analoga tv-program, så kan en sådan för stor tilldelning medföra en koncentration av frekvenser till de båda ledande företagen på marknaden och stärka deras redan betydande konkurrensposition ytterligare jämfört med deras mindre konkurrenter,<sup>49</sup> vilket tenderar till att inskränka konsumenternas valmöjligheter och i slutänden även försvaga mediemångfalden.

70. Det skulle innebära en särskilt allvarlig snedvridning av konkurrensen om den av Consiglio di Stato uttryckligen angivna utgångspunkten i begäran om förhandsavgörande skulle visa sig vara sann, enligt vilken även två tv-kanaler som drivits lagstridigt – ”RAI 3” och ”Rete 4” – beaktades till förmån för Rai och Mediaset vid omvandlingen av de analoga tv-frekvenser till digitala.<sup>50</sup> I så fall skulle RAI och Mediaset i egenskap av de båda ledande företagen på den italienska marknaden i slutänden ha erhållit ett särskilt förmånligt omvandlingsförhållande på 66,67 procent (två digitala multiplexrar för tre analoga tv-kanaler var) tack vare ett rättsstridigt tillvägagångssätt. Ett sådant försprång som i slutänden endast baseras på att en lagstridig situation befästs, ska emellertid anses konkurrensbegränsande.

71. Såväl en eventuellt för stor tilldelning av digitala frekvenser till Rai och Mediaset som ett möjligt beaktande av tv-kanaler som drivits lagstridigt vid omvandlingen av analoga frekvenser till digitala, strider diametralt mot det av unionslagstiftaren föreskrivna syftet att främja konkurrensen inom området för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster och stärka mediemångfalden.

72. Under dessa omständigheter kan säkerställandet av ett kontinuerligt tv-utbud inte utgöra en rättfärdigandegrund för skillnaden i behandling mellan Rai och Mediaset å ena sidan och Persidera å andra sidan.

#### *ii) Bevarandet av frekvensernas odelbarhet*

73. Vad gäller frekvensernas odelbarhet, utgör detta ett tvingande förhållande som enligt sakens natur även kunde och måste beaktas när det gamla systemet med analoga sändningsfrekvenser övergick i det nya systemet med digitala frekvenser. I slutänden är undvikandet av bråkdelar vid tilldelningen av frekvenser en delaspekt av den effektiva förvaltningen och användningen av tv-frekvenser, vilken medlemsstaterna enligt artikel 8.2 d och artikel 9.1 och 9.4 andra stycket c i direktiv 2002/21 samt enligt artikel 5.2 första stycket, 5.5 och 5.6 första meningen i direktiv 2002/20 är skyldiga att eftersträva och säkerställa.

74. Syftet med tilldelningen av en tredje digital multiplexer till Rai och Mediaset var att fördela de åtta multiplexrar som stod till förfogande i den första gruppen på alla berättigade nätoperatörer, med beaktande av deras odelbarhet och utan att det uppkom bråkdelar.

75. Nämda tilldelning av en tredje digital multiplexer var till Rai och Mediaset var emellertid inte den enda möjligheten att bevara frekvenserna odelbarhet. Tvärtom hade detta även kunnat åstadkommas genom andra tillvägagångssätt med mindre negativa effekter på konkurrensen.

<sup>49</sup> Se även dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punkterna 98 och 99), i vilken EU-domstolen framhåller att åtgärder som medför att nationella marknadsstrukturer befästs samt skyddar de nationella operatörers ställning som redan är aktiva på nämnda marknad inte är förenliga med direktiven i det nya gemensamma regelverket.

<sup>50</sup> Det ankommer inte på EU-domstolen att i förfarandet för förhandsavgörande bedöma huruvida tv-kanalerna ”RAI 3” och ”Rete 4” faktiskt drivs eller drivs lagstridigt. I förevarande förfarande för förhandsavgörande ska EU-domstolen utgå från den förutsättning som Consiglio di Stato har formulerat och lägga den till grund för sin bedömning.

76. Särskilt hade de italienska myndigheterna kunnat tilldela eventuella överskjutande multiplexrar från den första gruppen<sup>51</sup> enligt objektiva kriterier till den eller de nätoperatörer som mest kunde behöva dem för att stärka konkurrensen och för att bibehålla deras befintliga analoga tv-program. Det är inte på något sätt utrett att detta skulle vara de båda ledande företagen på marknaden, Rai och Mediaset.

77. Alternativt hade de italienska myndigheterna i förekommande fall – och med förbehåll för ytterligare fastställelser från den hänskjutande domstolen – kunnat tilldela de överskjutande multiplexrarna från den första gruppen till flera nätoperatörer för gemensam användning, på villkor att var och en av dessa nätoperatörer får använda de digitala frekvenser som multiplexrarna innehåller på bestämda, i förväg fastställda dagar eller på bestämda, i förväg fastställda tider på dygnet för att sända sina tv-program.

78. Mot bakgrund av parternas överensstämmande uppgifter, enligt vilka varje digital multiplexer medger en sändning av flera tv-program, ska den hänskjutande domstolen dessutom pröva huruvida det inte var möjligt att använda en och samma multiplexer för flera tv-program från olika operatörer.

79. Det ska i vart fall fastställas att bevarandet av frekvensernas odelbarhet inte är tillräckligt för att motivera en skillnad i behandling såsom den nu omtvistade mellan Rai och Mediaset å ena sidan och Persidera å andra sidan.

## VI. Förslag till avgörande

80. Mot bakgrund av ovanstående resonemang föreslår jag att EU-domstolen besvarar begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato på följande sätt:

Artiklarna 8 och 9 i direktiv 2002/21, artiklarna 3, 5 och 7 i direktiv 2002/20 samt artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77 utgör hinder mot en nationell metod för tilldelning av digitala tv-frekvenser som leder till att de båda ledande företagen på marknaden erhåller fler digitala frekvenser än deras mindre konkurrenter i förhållande till det antal befintliga analoga tv-kanaler som de innehar, med mindre än att ett sådant tillvägagångssätt är motiverat för att förverkliga legitima mål av allmänintresse.

Till dessa legitima mål hör säkerställandet av ett kontinuerligt tv-utbud och bevarandet av tv-frekvensernas odelbarhet. En skillnad i behandling av nätoperatörer som grundas på dessa mål måste emellertid hålla sig strikt inom ramen för vad som är nödvändigt – med beaktande av konkurrensprincipen och mediemångfalden som ligger till grund för de tre direktiven – för att uppnå nämnda mål på ett konsekvent och systematiskt sätt.

Det skulle innebära ett särskilt allvarligt åsidosättande av konkurrensprincipen om den nationella metoden för att tilldela digitala tv-frekvenser medförde att de båda ledande företagen på marknaden erhöll fler digitala frekvenser än deras mindre konkurrenter genom ett beaktande av analoga tv-kanaler som dittills bedrivits lagstridigt.

<sup>51</sup> Se ovan punkt 19 i detta förslag till avgörande.