



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 26 juli 2017*

”Begäran om förhandsavgörande – Elektroniska kommunikationer – Telekomunikationstjänster – Direktiven 2002/20/EG, 2002/21/EG och 2002/77/EG – Likabehandling – Fastställande av antalet digitala radiofrekvenser som ska tilldelas varje operatör som redan innehar analoga radiofrekvenser – Beaktande av analoga radiofrekvenser som använts olagligen – Samband mellan antalet analoga radiofrekvenser som innehas och antalet digitala radiofrekvenser som erhålls”

I mål C-112/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 2 juli 2015, som inkom till domstolen den 24 februari 2016, i målet

Persidera SpA

mot

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,

Ministero dello Sviluppo economico, delle Infrastrutture e dei Trasporti,

ytterligare deltagare i rättegången:

Radiotelevisione italiana SpA (RAI),

Reti Televisive Italiane SpA (RTI),

Elettronica Industriale SpA,

Television Broadcasting System Spa,

Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino Srl,

Rete A SpA,

Centro Europa 7 Srl,

Prima TV SpA,

Sky Italia Srl,

Elemedia SpA,

* Rättegångsspråk: italienska.

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna E. Juhász, C. Vajda, K. Jürimäe (referent) och C. Lycourgos,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: handläggaren X. Lopez Bancalari,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 2 februari 2017,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Persidera SpA, genom F. Pace, L. Sabelli och B. Caravita di Toritto, avvocati,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- Radiotelevisione italiana SpA (RAI), genom G. de Vergottini, avvocato,
- Reti Televisive Italiane SpA (RTI), genom L. Medugno, G. Rossi, I. Perego, G.M. Roberti och M. Serpone, avvocati,
- Elettronica Industriale SpA, genom G. Rossi och L. Medugno, avvocati,
- Sloveniens regering, genom A. Vran, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom L. Nicolae, L. Malferrari och G. Braun, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 30 mars 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF, av artiklarna 3, 5 och 7 i 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), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 (EUT L 337, 2009, s. 37) (nedan kallat auktorisationsdirektivet), av artikel 9 i 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), i dess lydelse enligt direktiv 2009/140 (nedan kallat ramdirektivet), av artiklarna 2 och 4 i kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EGT L 249, 2002, s. 21) (nedan kallat konkurrensdirektivet) samt av icke-diskrimineringsprincipen, insynsprincipen, principen om fri konkurrens, proportionalitetsprincipen, effektivitetsprincipen och principen om informationsmångfald.

- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, Persidera SpA och, å andra sidan, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (tillsynsmyndighet för kommunikation, Italien, nedan kallad AGCOM) och Ministero dello Sviluppo Economico, delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministeriet för ekonomisk utveckling, infrastruktur och transport, Italien). Målet rör tilldelning av nyttjanderätter till radiofrekvenser för digital markbunden tv.

Tillämpliga bestämmelser

- 3 Det nya gemensamma regelverket för elektroniska kommunikationstjänster, elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter och tillhörande tjänster (nedan kallat NGR) består av ramdirektivet och fyra särdirektiv (bland annat auktorisationsdirektivet). Dessa kompletteras i sin tur av konkurrensdirektivet.

Ramdirektivet

- 4 I artikel 2 g i ramdirektivet definieras en "nationell regleringsmyndighet" som "ett eller flera organ som av en medlemsstat har fått i uppdrag att utföra någon av de regleringsuppgifter som fastställs i detta direktiv och i särdirektiven". Det följer av artikel 2 led 1 att auktorisationsdirektivet återfinns bland "särdirektiven"
- 5 I artikel 8.1 första stycket och 8.4 b i direktivet föreskrivs följande:

"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.

...

4. De nationella regleringsmyndigheterna ska främja de intressen som medborgarna i Europeiska unionen har, genom att bland annat

...

b) Uppnå en hög konsumentskyddsnivå.

..."

- 6 Artikel 9.1 och 9.2 i direktivet har följande lydelse:

"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.

2. Medlemsstaterna ska verka för en harmonisering av användningen av radiofrekvenser inom [unionen], i linje med behovet av en ändamålsenlig och effektiv användning och för att uppnå konsumentfördelar som stordriftsfördelar och samverkansförmåga mellan tjänster. Medlemsstaterna ska i detta sammanhang agera i enlighet med artikel 8a i detta direktiv och beslut nr 676/2002/EG (radiospektrumbeslutet).”

Auktorisationsdirektivet

- 7 Artikel 3 i auktorisationsdirektivet har följande lydelse:

”1. 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 [avses i artikel 52.1 FEUF].

2. Tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät eller tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster får, utan att det påverkar tillämpningen av de särskilda skyldigheter som anges i artikel 6.2 eller nyttjanderätten enligt artikel 5, endast underkastas allmän auktorisation. Det får krävas att det berörda företaget skall göra en anmälan, men inte att det skall ha erhållit ett uttryckligt beslut eller någon annan administrativ handling från den nationella regleringsmyndigheten, innan det börjar utöva de rättigheter som följer av auktorisationen. Företaget får inleda sin verksamhet direkt efter ingiven anmälan, om sådan krävs, under förutsättning att bestämmelserna om nyttjanderätt i artiklarna 5, 6 och 7 är uppfyllda.

...”

- 8 Artikel 5 i nämnda direktiv har följande lydelse:

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

- undvika skadlig störning,
- säkerställa tjänsternas tekniska kvalitet,
- garantera en effektiv spektrumanvändning, eller
- uppfylla andra mål av allmänt intresse som medlemsstaterna fastställt i enlighet med [union]slagstiftningen.

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 det här direktivet eller andra bestämmelser som ska säkerställa att dessa resurser används på ett effektivt sätt i enlighet med [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 [union]slagstiftningen, 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 [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 [union]slagstiftningen.

...

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 [ramdirektivet]. De ska säkerställa att konkurrensen inte snedvrids av någon överlåtelse eller ackumulering av nyttjanderätter till radiofrekvenser. För detta ändamål får medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder, som t.ex. att minska, återkalla eller tvinga fram en försäljning av en nyttjanderätt för radiofrekvenser.”

- 9 I artikel 7 i auktorisationsdirektivet, under rubriken ”Förfarande för att begränsa det antal nyttjanderätter som skall beviljas till radiofrekvenser”, föreskrivs följande:

”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 [ramdirektivet] och kraven i artikel 9 i samma direktiv har uppnåtts.”

Konkurrensdirektivet

- 10 I artikel 2 i konkurrensdirektivet, under rubriken ”Exklusiva och särskilda rättigheter för elektroniska kommunikationsnät och elektroniska kommunikationstjänster”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får inte bevilja eller bibehålla exklusiva eller särskilda rättigheter för upprättande och/eller tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät eller för tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster som är tillgängliga för allmänheten.

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.

...”

11 I artikel 4 i direktivet, som handlar om rätten att nyttja frekvenser, anges följande:

”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 [union]slagstiftningen gäller följande:

- 1) Medlemsstaterna skall inte bevilja exklusiva eller särskilda rättigheter att nyttja radiofrekvenser för tillhandahållande av elektroniska kommunikationstjänster.
- 2) Tilldelningen av radiofrekvenser för särskilda kommunikationstjänster skall grundas på objektiva, genomblickbara, icke-diskriminerande och proportionerliga kriterier.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 12 Det nationella målet rör tilldelning av radiofrekvenser för digital markbunden tv, varvid radiofrekvenserna tilldelats operatörer som redan innehade radiofrekvenser för analog sändning och som drev analoga kanaler. Kännetecknande för den digitala tekniken är att den är effektivare än den analoga, vilket innebär att det med hjälp av den digitala tekniken – till skillnad från den analoga – är möjligt att samtidigt sända flera program på en och samma radiofrekvens. De på detta sätt frigjorda radiofrekvenserna utgör den så kallade digitala utdelningen.
- 13 Övergången från analog till digital television (nedan kallad den digitala övergången) påbörjades i Italien samtidigt som ett fördragsbrottsförfarande pågick mot Italien, vilket hade inletts år 2006. Detta förfarande gällde frågan huruvida de italienska reglerna om förvaltning av tv-frekvenser, om digital övergång och tilldelning av digitala radiofrekvenser kunde anses som förenliga med bestämmelserna i ramdirektivet, auktorisationsdirektivet och konkurrensdirektivet. I sitt motiverade yttrande av den 19 juli 2007 påpekade Europeiska kommissionen att de italienska reglerna – i det att de innebar att det endast var operatörer som redan sände program analogt som fick tillträde till marknaden för digital radio och tv – medförde att dessa operatörer inte var utsatta för konkurrens på nämnda marknad. Den italienska regeringen vidtog flera åtgärder för att tillse att de italienska reglerna blev förenliga med unionsrätten.
- 14 Det var mot denna bakgrund som AGCOM antog beslut 181/09/CONS, av den 7 april 2009, som sedermera omvandlades till lag genom legge n. 88 (lag nr 88) av den 7 juli 2009. I detta beslut fastställde AGCOM kriterierna för digitaliseringen av markbundna nät för tv.
- 15 I beslutet angavs att 21 nationella multiplexrar skulle tilldelas, vilka gör det möjligt att samla olika signaler i ett gemensamt uppgiftsflöde och att ombesörja flera tjänster för digital, markbunden tv samtidigt. Vid fördelningen av dessa multiplexrar mellan nya operatörer, de som hade skapat digitala nät och de som redan hade analoga nät, lät man dela in multiplexrarna i tre grupper som skulle tilldelas utifrån olika kriterier. Det angavs dessutom att ingen operatör skulle kunna få fler än fem nationella multiplexrar efter urvalsförfarandet.
- 16 Det är endast en av dessa tre grupper som är föremål för tvisten i det nationella målet. Denna grupp består av åtta multiplexrar som avsetts för omvandling till digitala nät från befintliga, analoga kanaler. Med beaktande av antalet tillgängliga digitala radiofrekvenser, som understeg dessa kanalers antal, använde man sig i beslut 181/09/CONS av ett omvandlingskriterium som kallades ”skälighetskriterium”, vilket grundade sig på att de analoga programmen även fortsättningsvis skulle kunna sändas. Vidare föreskrevs det att varje operatör som redan var verksam på den analoga marknaden skulle få åtminstone en multiplexer. Mot denna bakgrund erhöll operatörer med ett nät tre multiplexrar. De operatörer som hade flera nät fick fem multiplexrar. Radiotelevisione italiana SpA (RAI) och Mediaset, som var och en drev tre analoga kanaler, fick två multiplexrar, medan Telecom Italia Media Broadcasting, som drev två analoga kanaler, fick en multiplexer.

- 17 Telecom Italia Media Broadcasting överklagade till Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regional förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien), med yrkande om upphävande av tilldelningsbesluten beträffande sistnämnda multiplexrar och av de beslut som utgjorde dessa besluts rättsliga grund. Bolaget yrkade att det skulle fastställas att bolaget skulle tilldelas ytterligare en multiplexer samt att behöriga myndigheter antingen skulle föreläggas att ge bolaget multiplexern eller förpliktas att till bolaget utge skadestånd.
- 18 Rätten ogillade Telecom Italia Media Broadcastings överklagande genom dom nr 1398/2014, varpå bolaget överklagade till den hänskjutande domstolen.
- 19 Under rättegången bytte Telecom Italia Media Broadcasting firma till Persidera, efter det att Rete A Spa gjort ett kapitaltillskott. Sistnämnda bolag innehade nyttjanderätter till två nationella multiplexrar. Till följd av denna transaktion innehade Persidera fem nationella multiplexrar. På så sätt kom bolaget upp till högsta tillåtna tröskelvärde (se punkt 15 ovan).
- 20 Vid den hänskjutande domstolen har Persidera särskilt bestritt det kriterium som tillämpats vid omvandlingen från befintliga analoga kanaler till digitala nät. Bolaget har åberopat flera unionsbestämmelser och gjort gällande att likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen har åsidosatts. Bolaget har anfört att man gentemot bolaget har tillämpat en omvandlingsfaktor på 50 procent, det vill säga att en analog kanal av två har omvandlats till digitalt nät, medan man gentemot RAI och Mediaset tillämpat en omvandlingsfaktor på 66 procent, det vill säga att två analoga kanaler av tre omvandlats till digitalt nät. Bolaget har även kritiserat att man vid omvandlingen beaktat kanaler som dessa båda bolag har drivit olagligen.
- 21 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Utgör unionsrätten, och i synnerhet artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF, artikel 9 i [ramdirektivet], artiklarna 3, 5 och 7 i [auktorisationsdirektivet] och artiklarna 2 och 4 i [konkurrensdirektivet], 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 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 EU-domstolen och kommissionen, eller under alla omständigheter drevs utan koncession?
- 2) Utgör unionsrätten, och i synnerhet artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF, artikel 9 i [ramdirektivet], artiklarna 3, 5 och 7 i [auktorisationsdirektivet] och artiklarna 2 och 4 i [konkurrensdirektivet] 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 EU-domstolen och 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?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning

- 22 Den italienska regeringen har för det första gjort gällande att begäran om förhandsavgörande avser ett hypotetiskt problem som inte är avgörande för utgången i det nationella målet. Syftet med talan vid den nationella domstolen är nämligen att klagandebolaget ska tilldelas ytterligare en multiplexer. Persidera har emellertid nått upp till högsta tillåtna tröskelvärde på fem multiplexrar.
- 23 EU-domstolen erinrar om att det inom ramen för det samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna som har införts genom artikel 267 FEUF uteslutande ankommer på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av unionsrätten (dom av den 6 september 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, punkt 19 och där angiven rättspraxis).
- 24 Nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten presumeras följaktligen vara relevanta. Dessa frågor ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen på eget ansvar har lämnat och vars riktighet det inte ankommer på EU-domstolen att pröva. En begäran från en nationell domstol kan dessutom bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom av den 14 april 2016, Polkomtel, C-397/14, EU:C:2016:256, punkt 37 och där angiven rättspraxis, och dom av den 13 oktober 2016, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej och Petrotel, C-231/15, EU:C:2016:769, punkt 16).
- 25 Det framgår av begäran om förhandsavgörande att syftet med Persideras talan inte bara är att bolaget ska få sig tilldelat ytterligare en multiplexer, utan även att bolaget ska få skadestånd. Persidera har i sin talan gjort gällande att de regler som tillämpades vid omvandlingen från analoga kanaler till digitala nät inte är förenliga med unionsrätten, och syftet med tolkningsfrågorna är just att den hänskjutande domstolen ska kunna pröva spörsmålet om reglernas förenlighet med unionsrätten samt det framställda skadeståndsyrkandet. Mot denna bakgrund framstår det inte som uppenbart att tvisten i det nationella målet är hypotetisk.
- 26 Den italienska regeringen och Reti Televisive Italiane SpA har för det andra framfört att EU-domstolen inte har tillgång till de uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts.
- 27 Det ska erinras om att det krävs att den nationella domstolen noggrant iakttar kraven avseende innehållet i en begäran om förhandsavgörande vilka uttryckligen anges i artikel 94 i EU-domstolens rättegångsregler, vilka den nationella domstolen förväntas känna till, eftersom det är nödvändigt att komma fram till en tolkning av unionsrätten som är användbar för den nationella domstolen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juli 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, punkterna 18 och 19 och där angiven rättspraxis, och dom av den 27 oktober 2016, Audace m.fl., C-114/15, EU:C:2016:813, punkt 35).

- 28 Såsom föreskrivs i artikel 94 c i rättegångsreglerna ska begäran om förhandsavgörande innehålla en redogörelse för de skäl som fått den hänskjutande domstolen att undra över tolkningen eller giltigheten av vissa unionsbestämmelser, och för det samband som den hänskjutande domstolen har funnit föreligga mellan unionsbestämmelserna och den nationella lagstiftning som är tillämplig i det nationella målet.
- 29 Såsom föreskrivs i artikel 94 a i rättegångsreglerna ska begäran om förhandsavgörande i vart fall innehålla en redogörelse för de faktauppgifter som ligger till grund för frågorna. Enligt EU-domstolens praxis är detta krav av särskild betydelse på konkurrensområdet, vilket kännetecknas av komplicerade faktiska och rättsliga förhållanden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, punkt 58 och där angiven rättspraxis, och beslut av den 12 december 2013, Umbra Packaging, C-355/13, ej publicerat, EU:C:2013:867, punkt 23 och där angiven rättspraxis).
- 30 Vad gäller förevarande mål, konstaterar EU-domstolen att begäran om förhandsavgörande inte innehåller någon förklaring till varför artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF skulle vara relevanta för det nationella målet.
- 31 Det framgår av de uppgifter som tillställts EU-domstolen att det nationella målet kännetecknas av en situation som i alla avseenden är begränsad till italienska staten. I en sådan situation är artikel 56 FEUF emellertid inte tillämplig (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 47 och där angiven rättspraxis).
- 32 Vidare innehåller begäran om förhandsavgörande inte någon uppgift om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som gör det möjligt att pröva huruvida och i vilken utsträckning någon av de i det nationella målet aktuella operatörer som driver analoga kanaler kan anses utgöra ett företag i den mening som avses i artikel 106 FEUF, samt huruvida och i vilken utsträckning den i målet aktuella nationella lagstiftningen – som tillämpats vid den digitala övergången – kan anses ge ett sådant företag särskilda rättigheter på sätt som strider mot artiklarna 101 och 102 FEUF.
- 33 Vidare utgår tolkningsfrågorna från den faktiska premissen att vissa analoga kanaler som beaktats vid omvandlingen har drivits på ett oegentligt eller rättsvidrigt sätt, det vill säga i strid med tröskelvärdena för koncentrationer eller utan att koncession meddelats. Den hänskjutande domstolen har inte på något sätt lämnat några preciseringar vad gäller denna premiss, vilken för övrigt bestritts av både den italienska regeringen, Reti Televisive Italiane och RAI.
- 34 Såsom angetts i rättspraxis (se punkt 24 ovan) ankommer det emellertid inte på EU-domstolen att pröva riktigheten av de sakomständigheter som den hänskjutande domstolen beskrivit. Utöver detta påpekar EU-domstolen även att föremålet för tolkningsfrågorna inte är att få klarhet i om de aktuella analoga kanalerna har drivits på ett lagenligt sätt utifrån NGR. Tolkningsfrågorna har nämligen ställts för att få klarhet i om de analoga kanaler som påstås ha drivits olagligen kan beaktas på samma sätt som kanaler som drivits lagligen, vid omvandlingen från analoga kanaler till digitala nät. Såsom även slagits fast av generaladvokaten i punkterna 37–40 i förslaget till avgörande, kan EU-domstolen lämna ett användbart svar till den hänskjutande domstolen utifrån de uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen och utifrån den faktiska premissen – vilken i förekommande fall kan vederläggas enbart av den hänskjutande domstolen – att analoga kanaler har drivits på ett oegentligt eller rättsvidrigt sätt utifrån nationell rätt och/eller utifrån bestämmelserna i NGR.
- 35 Mot denna bakgrund finner EU-domstolen att tolkningsfrågorna ska avvisas i de delar som avser tolkningen av artiklarna 56, 101, 102 och 106 FEUF.

Prövning i sak

- 36 EU-domstolen kommer att pröva tolkningsfrågorna tillsammans. Den hänskjutande domstolen har ställt dessa frågor för att få klarhet i huruvida artikel 9 i ramdirektivet, artiklarna 3, 5 och 7 i auktorisationsdirektivet och artiklarna 2 och 4 i konkurrensdirektivet samt icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som – vid omvandlingen från befintliga analoga kanaler till digitala nät – beaktar analoga kanaler som drivs olagligen och analoga kanaler som drivs lagligen och som – i det att samma omvandlingskriterier tillämpas på dem – medför en proportionellt sett större minskning av antalet digitala nät som tilldelas i förhållande till antalet analoga kanaler som drivs, till förfång för en operatör jämfört med dennes konkurrenter.
- 37 EU-domstolen erinrar inledningsvis om följande: Enligt artikel 8 i ramdirektivet ska medlemsstaterna säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna vidtar alla rimliga åtgärder för att främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationstjänster, och därvid säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation och att kvarvarande hinder avlägsnas för tillhandahållande av nämnda tjänster på unionsnivå (dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, punkt 81, dom av den 3 december 2009, kommissionen/Tyskland, C-424/07, EU:C:2009:749, punkt 92, och dom av den 7 november 2013, UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, punkt 50).
- 38 I artikel 8.1 i ramdirektivet föreskrivs att nationella regleringsmyndigheter, i samband med att de fullgör de regleringsuppgifter som anges i ramdirektivet och särskilt i auktorisationsdirektivet, ska vidta alla rimliga åtgärder för att uppnå de mål som framgår av punkterna 2, 3 och 4 i artikeln och som består i att främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, att bidra till utvecklingen av den inre marknaden samt att främja de intressen som unionsmedborgarna har (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2014, TDC, C-556/12, EU:C:2014:2009, punkt 39, och dom av den 15 september 2016, Koninklijke KPN m.fl., C-28/15, EU:C:2016:692, punkt 46).
- 39 Enligt artikel 4.2 i konkurrensdirektivet, artikel 5.2 andra stycket och artikel 7.3 i auktorisationsdirektivet och artikel 9.1 i ramdirektivet ska nyttjanderätter till radiofrekvenser beviljas på grundval av objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella urvalskriterier. Sistnämnda villkor innebär att kriterierna ska vara ägnade att uppnå det eftersträvade målet och att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detsamma (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 april 2015, kommissionen/Bulgarien, C-376/13, ej publicerad, EU:C:2015:266, punkterna 65 och 84).
- 40 Såsom även generaladvokaten påpekat i punkt 47 i förslaget till avgörande, anger EU-domstolen att dessa kriterier inte bara ska beaktas vid den första tilldelningen av radiofrekvenser, utan även vid varje ytterligare radiofrekvenstilldelning, vid varje förnyelse eller – som i det nationella målet – vid radiofrekvensomvandling i samband med den digitala övergången.
- 41 Slutligen framgår det av artikel 5.6 i auktorisationsdirektivet att de nationella regleringsmyndigheterna ska säkerställa att konkurrensen inte snedvrids av, bland annat, ackumulering av nyttjanderätter till radiofrekvenser.
- 42 Det framgår av dessa bestämmelser att syftet med NGR bland annat är att säkerställa och främja en effektiv och icke snedvriden konkurrens, med iakttagande av särskilt likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen.
- 43 Det har redan slagits fast att bestämmelserna i NGR – däribland artikel 9.1 i ramdirektivet, artikel 5.1 i auktorisationsdirektivet och artikel 4 led 1 i konkurrensdirektivet – utgör hinder för nationella åtgärder som leder till att de nationella marknadsstrukturerna befästs samt till att skydda de nationella

operatörers ställning som redan är aktiva på nämnda marknad genom att nya operatörer förhindras marknadstillträde eller genom att marknadstillträdet begränsas, om inte dessa åtgärder kan anses vara motiverade av mål som avser allmänintresset och anses ha utformats på grundval av objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella kriterier (se, för ett liknande resonemang, dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, punkterna 95–107).

- 44 Det skulle även strida mot bestämmelserna i NGR om man till fördel för en operatör som redan fanns på marknaden behöll eller till och med förstärkte en otillbörlig konkurrensfördel, varvid denna fördel erhållits i strid med laga krav och kan anses strida mot syftet att ha en effektiv och ej snedvridd konkurrens, samtidigt som nya operatörer hindras tillträde till marknaden eller endast får begränsat tillträde.
- 45 Såsom även generaladvokaten angett i punkt 70 i förslaget till avgörande, finner EU-domstolen således att bestämmelserna i NGR utgör hinder för att man vid den digitala omvandlingen beaktar analoga kanaler som drivits olagligen; om man beaktade sådana kanaler skulle det nämligen innebära att den otillbörliga konkurrensfördelen förlängdes eller till och med förstärktes.
- 46 För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar, och för det fall att den hänskjutande domstolen kommer att finna att samtliga aktuella kanaler har drivits lagligen, erinrar EU-domstolen om följande: Den allmänna likabehandlingsprincipen utgör en allmän princip i unionsrätten och den innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl., C-127/07, EU:C:2008:728, punkt 23 och där angiven rättspraxis). Frågan huruvida situationer är att anse som lika ska bland annat bedömas utifrån föremålet för och syftet med den aktuella åtgärden. Vidare ska man beakta principerna och syftena på det område där åtgärden vidtagits (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl., C-127/07, EU:C:2008:728, punkt 26 och där angiven rättspraxis).
- 47 För det första påpekar EU-domstolen – precis som generaladvokaten i punkt 53 i hennes förslag till avgörande – att operatörer som Persidera, RAI och Mediaset, vilka drivit analoga kanaler i Italien, i princip befinner sig i samma situation när det gäller omvandlingen av dessa kanaler till digitala nät i samband med den digitala övergången.
- 48 För det andra framgår det av utredningen i målet att de analoga kanaler som drivits av dessa tre operatörer med flera nät har omvandlats till digitala nät med tillämpning av det omvandlingskriterium som kallas ”skälighetskriteriet” (se punkt 16 ovan). Det framgår av begäran om förhandsavgörande att det antal kanaler som drivits av varje operatör har omvandlats till lika många digitala nät efter det att en kanal subtraherats. Persidera – som drev två analoga kanaler – fick följaktligen ett digitalt nät, medan RAI och Mediaset – som var och en drev tre analoga kanaler – fick två digitala nät var. Med andra ord innebär detta att man gentemot RAI och Mediaset tillämpade en omvandlingskvot på 66,67 procent (de fick var och en två digitala nät för tre analoga kanaler), medan man gentemot Persidera tillämpade en omvandlingskvot på endast 50 procent (Persidera fick ett digitalt nät för sina två analoga kanaler). Den omständigheten att man gentemot alla gjorde samma avdrag med en analog kanal i samband med den digitala övergången har således resulterat i divergerande omvandlingskriterier, vilket påverkat Persidera i större utsträckning än RAI och Mediaset.
- 49 EU-domstolen finner mot denna bakgrund – i likhet med vad som angavs av generaladvokaten i punkterna 54–57 i förslaget till avgörande – att en sådan nationell bestämmelse som den som är aktuell i det nationella målet ska anses innebära att konkurrerande operatörer behandlats olika, trots att de befinner sig i samma situation.

- 50 För det tredje framgår det av de yttranden som getts in till EU-domstolen att det omvandlingskriterium som kallas "skälighetskriteriet" motiverats av att det var nödvändigt att säkerställa ett kontinuerligt utbud av tv-program. Vidare har det gjorts gällande att det är materiella begränsningar, såsom att det tekniskt sett är omöjligt att dela radiofrekvenser, som utgör skälet till att operatörerna behandlats olika.
- 51 EU-domstolen finner i denna del – i likhet med generaladvokaten i punkt 64 i förslaget till avgörande – att ett kontinuerligt utbud av tv-program utgör en del konsumentskyddet; konsumentskyddet ingår för övrigt uttryckligen bland de målsättningar som avses i artikel 8.4 i ramdirektivet. De nationella regleringsmyndigheterna får således, i samband med omvandlingen av befintliga analoga kanaler till digitala nät, beakta målsättningen att säkerställa ett kontinuerligt utbud av tv-program, samtidigt som de ser till att samtliga i artikel 8 i ramdirektivet föreskrivna målsättningar beaktas vid omvandlingen och att det i artikel 9.1 i ramdirektivet angivna behovet av effektiv förvaltning av radiofrekvenser tillgodoses.
- 52 Visserligen är det så, att omvandlingen av befintliga analoga kanaler till digitala nät är ägnad att säkerställa ett kontinuerligt utbud av de tv-program som fram till dess sänds med hjälp av analog teknik.
- 53 En åtgärd som innebär att de operatörer som redan är närvarande på marknaden tilldelas fler digitala radiofrekvenser än vad de behöver för att säkerställa ett kontinuerligt utbud av sina tv-program, går emellertid utöver vad som är nödvändigt för att uppnå nämnda målsättning och åtgärden är därför att anse som oproportionerlig.
- 54 De nationella regleringsmyndigheterna ska, vid omvandlingen av befintliga analoga kanaler till digitala nät, beakta de materiella begränsningar som beror på att det tekniskt sett är omöjligt att dela de aktuella radiofrekvenserna. Målsättningen att främja en effektiv användning och en effektiv förvaltning av radiofrekvenser – såsom föreskrivs bland annat i artikel 8.2 d i ramdirektivet – kan i en sådan situation, för att förhindra resultat i form av brutna tal, motivera att operatörer tilldelas fler eller färre digitala nät i förhållande till det antal analoga kanaler som de drivit.
- 55 Det framgår av utredningen i målet att det med en digital multiplexer är möjligt att sända fem eller upp till sex kanaler med samma sändningskvalitet som vid analog överföring eller att sända tre digitala kanaler med HD-kvalitet (*High definition*), det vill säga med en mer avancerad teknologi. Såsom angetts av generaladvokaten i punkt 67 i förslaget till avgörande framgår det således – vilket ska prövas av den hänskjutande domstolen – att en enda multiplexer hade räckt för att operatörer som RAI och Mediaset skulle kunna säkerställa ett kontinuerligt utbud av deras tre analoga kanaler med jämförbar kvalitet, och att tilldelningen av en andra multiplexer gick utöver vad som var nödvändigt i detta avseende. Såsom följer av punkt 79 i förslaget till avgörande framgår det inte att bevarandet av radiofrekvensernas odelbarhet motiverar den skillnad i behandling som är aktuell i det nationella målet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.
- 56 Mot denna bakgrund ska tolkningsfrågorna besvaras enligt följande.
- Artikel 9 i ramdirektivet, artiklarna 3, 5 och 7 i auktorisationsdirektivet och artiklarna 2 och 4 i konkurrensdirektivet ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som – vid omvandlingen från befintliga analoga kanaler till digitala nät – beaktar analoga kanaler som drivs olagligen, då bestämmelsen innebär att en otillbörlig konkurrensfördel förlängs eller till och med förstärks.
 - Icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som – med tillämpning av samma omvandlingskriterium – medför en proportionellt sett större minskning av det antal digitala nät som tilldelas i förhållande till det antal analoga kanaler som drivits till förfång för en operatör jämfört med dennes konkurrenter,

med mindre än att det finns sakliga skäl för bestämmelsen och att den är proportionerlig i förhållande till ändamålet med bestämmelsen. Ett kontinuerligt utbud av tv-program utgör ett legitimt ändamål som kan motivera en sådan skillnad i behandling. En bestämmelse som innebär att de operatörer som redan är närvarande på marknaden tilldelas fler digitala radiofrekvenser än vad de behöver för att säkerställa ett kontinuerligt utbud av sina tv-program, går emellertid utöver vad som är nödvändigt för att uppnå nämnda ändamål och bestämmelsen är då att anse som oproportionerlig.

Rättegångskostnader

- 57 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

- 1) Artikel 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009, artiklarna 3, 5 och 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv), i dess lydelse enligt direktiv 2009/140, och artiklarna 2 och 4 i kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som – vid omvandlingen från befintliga analoga kanaler till digitala nät – beaktar analoga kanaler som drivs olagligen, då bestämmelsen innebär att en otillbörlig konkurrensfördel förlängs eller till och med förstärks.
- 2) Icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som – med tillämpning av samma omvandlingskriterium – medför en proportionellt sett större minskning av det antal digitala nät som tilldelas i förhållande till det antal analoga kanaler som drivits till förfång för en operatör jämfört med dennes konkurrenter, med mindre än att det finns sakliga skäl för bestämmelsen och att den är proportionerlig i förhållande till ändamålet med bestämmelsen. Ett kontinuerligt utbud av tv-program utgör ett legitimt ändamål som kan motivera en sådan skillnad i behandling. En bestämmelse som innebär att de operatörer som redan är närvarande på marknaden tilldelas fler digitala radiofrekvenser än vad de behöver för att säkerställa ett kontinuerligt utbud av sina tv-program, går emellertid utöver vad som är nödvändigt för att uppnå nämnda ändamål och bestämmelsen är då att anse som oproportionerlig.

Underskrifter