Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

26. juli 2017*

»Præjudiciel forelæggelse – elektronisk kommunikation – telekommunikationstjenester – direktiv 2002/20/EF, 2002/21/EF og 2002/77/EF – ligebehandling – fastsættelse af det antal digitale radiofrekvenser, som skal tildeles hver operatør, der i forvejen råder over analoge radiofrekvenser – medregning af ulovligt anvendte analoge radiofrekvenser – overensstemmelse mellem det antal analoge radiofrekvenser, der rådes over, og det antal digitale radiofrekvenser, der opnås«

I sag C-112/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved afgørelse af 2. juli 2015, indgået til Domstolen den 24. februar 2016, i sagen

Persidera SpA

mod

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,

Ministero dello Sviluppo economico delle Infrastrutture e dei Trasporti,

procesdeltagere:

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,

* Processprog: italiensk.

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne E. Juhász, C. Vajda, K. Jürimäe (refererende dommer) og C. Lycourgos,

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: fuldmægtig X. Lopez Bancalari,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 2. februar 2017,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Persidera SpA ved avvocati F. Pace, L. Sabelli og B. Caravita di Toritto

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Fiorentino

— Radiotelevisione italiana SpA (RAI) ved avvocato G. de Vergottini

— Reti Televisive Italiane SpA (RTI) ved avvocati L. Medugno, G. Rossi, I. Perego, G. M. Roberti og M. Serpone

— Elettronica Industriale SpA ved avvocati G. Rossi og L. Medugno

— den slovenske regering ved A. Vran, som befuldmægtiget

— Europa-Kommissionen ved L. Nicolae samt ved L Malferrari og G. Braun, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 30. marts 2017,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 56 TEUF, 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF, artikel 3, 5 og 7 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) (EFT 2002, L 108 s. 21), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25. november 2009 (EUT 2009, L 337, s. 37) (herefter »tilladelsesdirektivet«), artikel 9 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 33), som ændret ved direktiv 2009/140 (herefter »rammedirektivet«), artikel 2 og 4 i Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16. september 2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT 2002, L 249, s. 21, herefter »konkurrencedirektivet«) samt princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet, effektivitetsprincippet og princippet om alsidig information.

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Persidera SpA og på den anden side Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (tilsynsmyndigheden for kommunikation, Italien, herefter »AGCOM«) og Ministero dello Sviluppo Economico, delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministeriet for økonomisk udvikling, infrastruktur og transport, Italien), vedrørende tildeling af brugsrettigheder til radiofrekvenser til tv-spredning via digitalt jordbaseret tv.

Retsforskrifter

3 De nye fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet samt tilhørende faciliteter og tjenester (herefter under ét »de nye rammebestemmelser«) består af rammedirektivet og fire særdirektiver, herunder tilladelsesdirektivet, som suppleres af konkurrencedirektivet.

Rammedirektivet

4 Ifølge rammedirektivets artikel 2, litra g), forstås der ved den »nationale tilsynsmyndighed« »den eller de instanser, der af en medlemsstat har fået til opgave at varetage de tilsynsopgaver, der pålægges i dette direktiv og i særdirektiverne«. Det fremgår af artikel 2, nr. 1), at tilladelsesdirektivet er et af »særdirektiverne«.

5 Rammedirektivets artikel 8, stk. 1, første afsnit, og artikel 8, stk. 4, litra b), bestemmer:

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

[…]

4. De nationale tilsynsmyndigheder fremmer Den Europæiske Unions borgeres interesser ved bl.a. at:

[…]

b) sikre forbrugerne et højt beskyttelsesniveau

[…]«

6 Artikel 9, stk. 1 og stk. 2, i det nævnte direktiv bestemmer:

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

Når medlemsstaterne anvender denne artikel, overholder de relevante internationale aftaler, herunder [Den Internationale Telekommunikationsunions] radioreglement, og kan tage hensyn til almene interesser.

2. Medlemsstaterne fremmer harmoniseringen af frekvensanvendelsen i [Unionen] på en måde, der tilgodeser behovet for en virkningsfuld og effektiv udnyttelse og sikrer forbrugerne fordele, f.eks. stordriftsfordele og tjenesternes interoperabilitet. I denne forbindelse handler de i overensstemmelse med artikel 8a og med beslutning nr. 676/2002/EF (frekvenspolitikbeslutningen).«

Tilladelsesdirektivet

7 Tilladelsesdirektivets artikel 3 har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne sikrer fri adgang til at udbyde elektroniske kommunikationsnet og -tjenester på de i dette direktiv omhandlede vilkår. I den forbindelse må medlemsstaterne ikke hindre en virksomhed i at udbyde elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester, medmindre dette er nødvendigt under hensyn til [artikel 52, stk. 1, TEUF].

2. Udbud af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester kan med forbehold af de særlige forpligtelser, der er omhandlet i artikel 6, stk. 2, eller brugsrettigheder omhandlet i artikel 5, kun gøres betinget af en generel tilladelse. Der kan stilles krav om, at den pågældende virksomhed skal anmelde aktiviteten, men ikke om, at den skal indhente en udtrykkelig afgørelse eller anden administrativ handling fra den nationale tilsynsmyndigheds side, inden den udøver de rettigheder, tilladelsen indebærer. Efter anmeldelse, når en sådan kræves, kan en virksomhed påbegynde sin aktivitet, om nødvendigt med forbehold af bestemmelserne om brugsrettigheder i artikel 5, 6 og 7.

[…]«

8 Direktivets artikel 5 bestemmer:

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

— undgå skadelig interferens

— sikre tjenesters tekniske kvalitet

— sikre effektiv udnyttelse af frekvenserne eller

— opfylde andre almennyttige målsætninger, som medlemsstaterne definerer i overensstemmelse med [EU-]lovgivningen.

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

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

[…]

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

6. De kompetente nationale myndigheder sikrer, at radiofrekvenserne udnyttes effektivt og virkningsfuldt i overensstemmelse med [rammedirektivets] artikel 8, stk. 2, og artikel 9, stk. 2. De sikrer, at konkurrencen ikke forvrides af overdragelse eller akkumulering af brugsrettigheder til radiofrekvenser. Med henblik herpå kan medlemsstaterne træffe passende foranstaltninger, herunder kræve salg eller udlejning af brugsrettighederne til radiofrekvenser.«

9 Tilladelsesdirektivets artikel 7 om proceduren for begrænsning af det antal brugsrettigheder til radiofrekvenser, der skal tildeles, fastsætter:

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

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

[…]

3. Hvis det er nødvendigt at begrænse tildelingen af brugsrettigheder til radiofrekvenser, tildeler medlemsstaterne sådanne rettigheder på grundlag af udvælgelseskriterier, som skal være objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssigt afpassede. Alle udvælgelseskriterier af denne art skal i fornødent omfang tilgodese opfyldelsen af målene i [rammedirektivets artikel 8] og af kravene i samme direktivs artikel 9.«

Konkurrencedirektivet

10 Konkurrencedirektivets artikel 2, der vedrører eksklusive og særlige rettigheder til elektroniske kommunikationsnet og elektroniske kommunikationstjenester, har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne må ikke indrømme eller opretholde eksklusive eller særlige rettigheder til at etablere og/eller udbyde elektroniske kommunikationsnet eller til at udbyde offentlige elektroniske kommunikationstjenester.

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

[…]

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

[…]«

11 Direktivets artikel 4, der vedrører rettigheder til brug af frekvenser, bestemmer:

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

1) må medlemsstaterne ikke tildele særlige eller eksklusive rettigheder til brug af radiofrekvenser til udbud af elektroniske kommunikationstjenester

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

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12 Tvisten i hovedsagen vedrører tildeling af radiofrekvenser til tv-spredning via digitalt jordbaseret tv til operatører, som i forvejen havde brugsret til radiofrekvenser til analog spredning og drev analoge kanaler. Den digitale teknologi er kendetegnet ved at have en bedre transmissionseffektivitet end den analoge teknologi, idet den til forskel fra den sidstnævnte gør det muligt at transmittere flere programmer på den samme radiofrekvens samtidigt. De radiofrekvenser, der således frigøres, udgør »digitaliseringsdividenden«.

13 Overgangen fra analogt til digitalt tv (herefter »digitaliseringen«) påbegyndtes i Italien, da der havde været en traktatbrudsprocedure i gang mod medlemsstaten siden 2006 vedrørende foreneligheden af den italienske lovgivning om forvaltning af radiofrekvenser til tv-spredning, digitalisering og tildeling af digitale radiofrekvenser med bestemmelserne i såvel rammedirektivet som tilladelsesdirektivet og konkurrencedirektivet. I den begrundede udtalelse af 19. juli 2007 bemærkede Europa-Kommissionen i det væsentlige, at lovgivningen undtog operatører, som i forvejen udsendte programmer via den analoge teknologi, fra konkurrencen på markedet for digital radio og tv, idet den alene gav disse operatører adgang til dette marked. Den italienske regering traf en række foranstaltninger med henblik på at bringe denne lovgivning i overensstemmelse med EU-retten.

14 Det er i denne forbindelse, at AGCOM vedtog beslutning 181/09/CONS af 7. april 2009, som senere blev ophøjet til lov ved legge n. 88 (lov nr. 88) af 7. juli 2009. Ved denne beslutning fastsatte AGCOM kriterierne for den fuldstændige digitalisering af jordbaserede tv-net.

15 I beslutningen var det bl.a. bestemt, at der skulle tildeles 21 nationale multiplexer, dvs. signaler, som hver især kunne transmittere flere jordbaserede digitale tv-tjenester på én gang. Med henblik på at fordele multiplexerne mellem de nye operatører, de operatører, som havde oprettet digitale net, og de operatører, som i forvejen drev analoge net, blev disse opdelt i tre grupper, der skulle tildeles i henhold til forskellige kriterier. Endvidere var det bestemt, at ingen af de forskellige operatører kunne opnå flere end fem multiplexer i forbindelse med udvælgelsesproceduren.

16 Det er kun den ene af disse tre grupper, som er genstand for tvisten i hovedsagen. Denne gruppe består af otte multiplexer, som skulle anvendes til at omlægge eksisterende analoge kanaler til digitale net. Henset til, at der var et lavere antal digitale radiofrekvenser til rådighed end det eksisterende antal kanaler, indeholdt beslutning 181/09/CONS et såkaldt »rimeligt« omlægningskriterium, som var baseret på, at programmer, der udsendtes analogt, skulle fortsætte uden afbrydelse. Det var endvidere bestemt, at operatører, som i forvejen var aktive på det analoge marked, skulle tildeles mindst en multiplex. På dette grundlag blev der tildelt tre multiplexer til operatører med et enkelt net. Der blev fordelt fem multiplexer mellem operatørerne med flere net. I denne forbindelse fik Radiotelevisione italiana SpA (RAI) og Mediaset, der hver især drev tre analoge kanaler, tildelt to multiplexer, mens Telecom Italia Media Broadcasting, der drev to analoge kanaler, fik én multiplex.

17 Telecom Italia Media Broadcasting anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien) med påstand om annullation af beslutningerne om tildeling af sidstnævnte multiplexer og af de beslutninger, som dannede retsgrundlag for dem. Med sit søgsmål anmodede selskabet om at blive indrømmet retten til en yderligere multiplex, at de kompetente myndigheder forpligtedes til at tildele selskabet denne multiplex, eller at de pålagdes at betale selskabet erstatning.

18 Idet søgsmålet blev forkastet ved dom nr. 1398/2014, iværksatte Telecom Italia Media Broadcasting appel ved den forelæggende ret til prøvelse af denne dom.

19 Under sagens behandling blev Telecom Italia Media Broadcasting omdannet til Persidera som følge af et indskud i Rete A SpA's selskabskapital. Sidstnævnte havde brugsret til to nationale multiplexer. Som følge af denne transaktion råder Persidera over fem nationale multiplexer. Persidera nåede således den tilladte øverste grænse, som er nævnt i denne doms præmis 15.

20 Ved den forelæggende ret har Persidera bl.a. anfægtet det kriterium, der blev anvendt med henblik på omlægningen af de eksisterende analoge kanaler til digitale net. Persidera har gjort flere bestemmelser i EU-retten gældende og har hævdet, at ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat. For det første har selskabet anført, at der i forhold til dette blev anvendt en omlægningsfaktor på 50%, idet alene en ud af to analoge kanaler er blevet omlagt til et digitalt net, mens der i forhold til RAI og Mediaset blev anvendt en omlægningsfaktor på 66%, idet to ud af tre analoge kanaler blev omlagt til digitale net. For det andet har selskabet gjort indvending imod den omstændighed, at kanaler, som disse to operatører drev på ulovlig vis, blev medregnet i forbindelse med omlægningen.

21 Under disse omstændigheder har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

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

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

Om de præjudicielle spørgsmål

Formaliteten

22 Den italienske regering har for det første anført, at anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrører et hypotetisk problem, som ikke har betydning for sagens afgørelse. Efter denne regerings opfattelse er søgsmålet i hovedsagen anlagt med henblik på at opnå en yderligere multiplex. Persidera har imidlertid nået den tilladte øverste grænse på fem multiplexer.

23 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold artikel 267 TEUF er indført mellem Domstolen og de nationale retter, udelukkende tilkommer den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom (dom af 6.9.2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

24 Det følger heraf, at der gælder en formodning for, at de spørgsmål om en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret har stillet på det retlige og faktiske grundlag, som den har fastlagt inden for sit ansvarsområde, er relevante, hvorfor det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve rigtigheden heraf. Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, hvis det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, såfremt problemet er af hypotetisk karakter, eller såfremt Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål (dom af 14.4.2016, Polkomtel, C-397/14, EU:C:2016:256, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis, og af 13.10.2016, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej og Petrotel, C-231/15, EU:C:2016:769, præmis 16).

25 I det foreliggende tilfælde fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at Persidera ikke kun har anlagt søgsmålet med henblik på at få tildelt en yderligere multiplex, men ligeledes med henblik på at opnå erstatning. Persidera har med sit søgsmål anfægtet, at reglerne om omlægning af eksisterende analoge kanaler til digitale net er forenelige med EU-retten, og de forelagte spørgsmål giver netop den forelæggende ret mulighed for at træffe afgørelse med hensyn til denne forenelighed og erstatning. Under disse omstændigheder er tvisten i hovedsagen ikke åbenbart hypotetisk.

26 Den italienske regering og Reti Televisive Italiane SpA har for det andet i det væsentlige gjort gældende, at Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål

27 I denne henseende skal det bemærkes, at det for at opnå en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret kan bruge, er påkrævet, at denne nøje iagttager de krav til indholdet af en anmodning om præjudiciel afgørelse, som udtrykkeligt fremgår af artikel 94 i Domstolens procesreglement, som den forelæggende ret forventes at have kendskab til (jf. i denne retning dom af 5.7.2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, præmis 18 og 19 og den deri nævnte retspraksis, og af 27.10.2016, Audace m.fl., C-114/15, EU:C:2016:813, præmis 35).

28 Som det fremgår af procesreglementets artikel 94, litra c), er det nødvendigt, at anmodningen om præjudiciel afgørelse indeholder en fremstilling af grundene til, at den forelæggende ret finder, at der er tvivl om fortolkningen eller gyldigheden af visse EU-retlige bestemmelser, samt af sammenhængen mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, som finder anvendelse på tvisten i hovedsagen.

29 Som det fremgår af procesreglementets artikel 94, litra a), er det ligeledes nødvendigt, at anmodninger om præjudiciel forelæggelse i det mindste indeholder en fremstilling af de faktiske oplysninger, som ligger til grund for spørgsmålene. I henhold til Domstolens praksis gælder disse krav særlig på konkurrencerettens område, der er karakteriseret ved komplekse faktiske og retlige forhold (jf. i denne retning dom af 31.1.2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis, og kendelse af 12.12.2013, Umbra Packaging, C-355/13, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:867, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

30 For det første bemærkes, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke omfatter nogen begrundelse for, at artikel 56 TEUF, 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF er relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

31 Dels fremgår det af de for Domstolen fremlagte oplysninger, at tvisten i hovedsagen er kendetegnet ved elementer, der alle er begrænset til Italien. Artikel 56 TEUF finder imidlertid ikke anvendelse i en sådan situation (jf. i denne retning dom af 15.11.2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

32 Dels indeholder forelæggelsesafgørelsen ikke nogen faktuelle eller retlige oplysninger, ud fra hvilke det kan vurderes, hvorvidt og i hvilket omfang en af de i hovedsagen omhandlede operatører, som drev analoge kanaler, kan kvalificeres som en virksomhed i artikel 106 TEUF's forstand, og hvorvidt og i hvilket omfang den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, som er blevet anvendt med henblik på digitalisering, kan indrømme en sådan virksomhed særlige rettigheder, som er i strid med artikel 101 TEUF og 102 TEUF.

33 For det andet bemærkes, at de forelagte spørgsmål er baseret på den faktiske forudsætning, at visse af de analoge kanaler, der blev taget højde for i forbindelse med omlægningen, blev drevet i strid med forskrifterne eller ulovligt, dvs. i strid med antitrust-grænser eller uden koncession. Den forelæggende ret er ganske vist ikke fremkommet med nærmere oplysninger vedrørende denne forudsætning, som desuden er blevet anfægtet af den italienske regering såvel som af Reti Televisive Italiane og RAI.

34 Ud over den omstændighed, at det i henhold til den retspraksis, som er nævnt i denne doms præmis 24, ikke tilkommer Domstolen at efterprøve rigtigheden af de faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har beskrevet, skal det bemærkes, at de forelagte spørgsmål imidlertid ikke drejer sig om, hvorvidt driften af de omhandlede analoge kanaler er lovlig i henhold til de nye rammebestemmelser. Spørgsmålene går således på, hvorvidt der kan tages højde for analoge kanaler, som angiveligt er drevet i strid med forskrifterne, på samme måde, som der tages højde for lovligt drevne kanaler, i forbindelse med, at disse omlægges til digitale net. Som generaladvokaten har bemærket i punkt 37-40 i sit forslag til afgørelse, kan Domstolen give den forelæggende ret en hensigtsmæssig besvarelse på grundlag af oplysningerne i de sagsakter, som den forelæggende ret har fremlagt, og ud fra den faktiske forudsætning om, at det alene er denne ret, der i givet fald kan afkræfte, at de analoge kanaler ikke er blevet drevet i overensstemmelse med eller blevet drevet ulovligt i henhold til national ret og/eller de nye rammebestemmelser.

35 Det følger af det foregående, at de forelagte spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som de vedrører fortolkningen af artikel 56 TEUF, 101 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF.

Realiteten

36 Med sine spørgsmål, der skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om rammedirektivets artikel 9, tilladelsesdirektivets artikel 3, 5 og 7, konkurrencedirektivets artikel 2 og 4 samt princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, der med henblik på omlægningen af eksisterende analoge kanaler til digitale net tager højde for ulovligt drevne analoge kanaler og lovligt

drevne analoge kanaler, og som, idet den anvender det samme omlægningskriterium for disse kanaler, bevirker, at antallet af tildelte digitale net er forholdsmæssigt lavere end antallet af drevne analoge kanaler, til skade for visse operatører, som stilles ringere i forhold til deres konkurrenter.

37 Det bemærkes for det første, at rammedirektivets artikel 8 pålægger medlemsstaterne pligten til at sikre, at de nationale tilsynsmyndigheder træffer alle rimelige foranstaltninger med henblik på at fremme konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationstjenester ved at sikre, at der i den elektroniske kommunikationssektor hverken hersker konkurrenceforvridning eller –begrænsning, og ved at fjerne tilbageværende hindringer for udbud af disse tjenester på EU-plan (dom af 31.1.2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 81, af 3.12.2009, Kommissionen mod Tyskland, C-424/07, EU:C:2009:749, præmis 92, og af 7.11.2013, UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, præmis 50).

38 I henhold til denne artikels stk. 1 skal de nationale tilsynsmyndigheder under udførelsen af deres tilsynsopgaver som omhandlet i rammedirektivet og navnlig tilladelsesdirektivet træffe alle rimelige foranstaltninger med henblik på opfyldelse af målene i denne artikels stk. 2-4, som består i at fremme konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, at bidrage til udviklingen af det indre marked samt at fremme unionsborgernes interesser (jf. i denne retning dom af 19.6.2014, TDC, C-556/12, EU:C:2014:2009, præmis 39, og af 15.9.2016, Koninklijke KPN m.fl., C-28/15, EU:C:2016:692, præmis 46).

39 I henhold til konkurrencedirektivets artikel 4, stk. 2, tilladelsesdirektivets artikel 5, stk. 2, andet afsnit, og artikel 7, stk. 3, samt rammedirektivets artikel 9, stk. 1, skal tildelingen af brugsrettigheder til radiofrekvenser ske på grundlag af objektive, gennemsigtige, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige kriterier. Denne betingelse betyder, at kriterierne skal være egnede til at sikre gennemførelsen af det mål, som de forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det (jf. i denne retning dom af 23.4.2015, Kommissionen mod Bulgarien, C-376/13, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:266, præmis 65 og 84).

40 Således som generaladvokaten har anført i punkt 47 i forslaget til afgørelse, skal disse kriterier ikke kun overholdes, når radiofrekvenserne oprindeligt tildeles, men ligeledes ved enhver efterfølgende tildeling, forlængelse eller, som det er tilfældet i hovedsagen, ved omlægning af radiofrekvenser i forbindelse med digitalisering.

41 Endelig fremgår det af tilladelsesdirektivets artikel 5, stk. 6, at de nationale tilsynsmyndigheder sikrer, at konkurrencen ikke forvrides ved bl.a. akkumulering af brugsrettigheder til radiofrekvenser.

42 Det følger af disse bestemmelser, at de nye rammebestemmelser navnlig er støttet på målet om en effektiv og ufordrejet konkurrence og har til formål at udvikle denne under overholdelse af især ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet.

43 I denne henseende er det allerede fastslået, at de nye rammebestemmelser, herunder navnlig rammedirektivets artikel 9, stk. 1, tilladelsesdirektivets artikel 5, stk. 1, og konkurrencedirektivets artikel 4, nr. 1), er til hinder for nationale foranstaltninger, som har til virkning at lamme strukturen på det nationale marked og beskytte stillingen for nationale udbydere, der i forvejen var aktive på markedet, idet de hindrer eller begrænser adgangen til dette marked for nye operatører, medmindre foranstaltningerne kan begrundes med henvisning til mål af almen interesse og administreres på grundlag af objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige kriterier (jf. i denne retning dom af 31.1.2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 95-107).

44 Det bemærkes, at det ligeledes ville være i strid med de nye rammebestemmelser, såfremt en uberettiget konkurrencemæssig fordel, der er opstået ved en tilsidesættelse af lovfæstede krav, og som er i strid med målet om en effektiv og ufordrejet konkurrence, forlænges eller endog styrkes til fordel for operatører, som i forvejen er aktive på markedet, idet nye operatørers adgang til markedet således hindres eller begrænses.

45 Det følger heraf, som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 70 i forslaget til afgørelse, at de nye rammebestemmelser er til hinder for, at der i forbindelse med den digitale konvertering blev taget højde for ulovligt drevne analoge kanaler, eftersom dette har den virkning, at en uberettiget konkurrencemæssig fordel forlænges eller endog styrkes.

46 Med henblik på at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, og såfremt den forelæggende ret fastslår, at samtlige de omhandlede kanaler er blevet drevet på lovlig vis, skal det for det andet bemærkes, at ifølge det generelle ligebehandlingsprincip, der er et generelt princip i EU-retten, må ensartede situationer ikke behandles forskelligt og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet (jf. dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl., C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis). De faktiske omstændigheders ensartethed skal bl.a. bedømmes i lyset af den pågældende retsakts indhold og formål. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som retsakten henhører under, og de formål, der forfølges på det pågældende område (jf. dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl., C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

47 Det bemærkes for det første, på linje med, hvad generaladvokaten har anført i punkt 53 i sit forslag til afgørelse, at operatører som Persidera, RAI og Mediaset, som har drevet analoge kanaler i Italien, i princippet befinder sig i en sammenlignelig situation hvad angår omlægningen af kanaler til digitale net i forbindelse med digitaliseringen.

48 For det andet bemærkes, at det fremgår af de for Domstolen fremlagte oplysninger, at de analoge kanaler, som disse tre operatører drev med flere net, blev omlagt til digitale net ved anvendelsen af det såkaldte »rimelige« omlægningskriterium, som er nævnt i denne doms præmis 16. Det fremgår således af forelæggelsesafgørelsen, at antallet af kanaler, som hver operatør drev, blev omlagt til det samme antal digitale net fratrukket én kanal. Persidera, som drev to analoge kanaler, fik derfor tildelt ét digitalt net, mens RAI og Mediaset, som hver især drev tre analoge kanaler, modtog to digitale net hver. Mens kriteriet gav et omlægningsforhold for de sidstnævnte selskaber på 66,67%, idet de for hver tre analoge kanaler hver især fik tildelt to digitale net, var omlægningsforholdet i Persideras tilfælde med andre ord kun på 50%, idet selskabet for sine to analoge kanaler fik tildelt et enkelt digitalt net. Den omstændighed, at samme foranstaltning vedrørende fjernelse af en analog kanal blev anvendt i forbindelse med digital konvertering, førte således til forskellige omlægningssatser, som i højere grad har berørt Persidera end RAI og Mediaset.

49 I denne forbindelse skal det bemærkes, at en national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, således som generaladvokaten har anført i punkt 54-57 i forslaget til afgørelse, udgør forskelsbehandling mellem konkurrerende operatører, som befinder sig i en sammenlignelig situation.

50 For det tredje fremgår det af de bemærkninger, der er indgivet til Domstolen, at det såkaldte »rimelige« omlægningskriterium kan begrundes i hensynet til at sikre kontinuiteten i tv-udbuddet. Endvidere var forskelsbehandlingen en følge af de materielle begrænsninger, der var forbundet med, at det teknisk set var umuligt at opdele radiofrekvenserne.

51 Således som generaladvokaten har anført i punkt 64 i forslaget til afgørelse, skal det i denne forbindelse bemærkes, at en kontinuitet i tv-udbuddet er medvirkende til at beskytte forbrugerne, hvilket desuden er et af de mål, som udtrykkeligt er nævnt i rammedirektivets artikel 8, stk. 4. De nationale tilsynsmyndigheder kan derfor tage hensyn til målet om at sikre kontinuitet i tv-udbuddet, når

eksisterende analoge kanaler skal omlægges til digitale net, idet de skal sikre, at omlægningen er i overensstemmelse med alle målene i rammedirektivets artikel 8 og opfylder behovet for en effektiv forvaltning af radiofrekvenser i overensstemmelse med rammedirektivets artikel 9, stk. 1.

52 En omlægning af eksisterede analoge kanaler til digitale net er ganske vist egnet til at sikre kontinuitet i det tv-udbud, der hidtil har været som følge af den analoge teknologi.

53 Foranstaltninger, der fører til, at operatører, som i forvejen er aktive på markedet, tildeles et højere antal digitale radiofrekvenser end det antal, der er nødvendigt for at sikre kontinuiteten i deres tv-udbud, går imidlertid ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, og er således uforholdsmæssige.

54 Det skal endvidere præciseres, at de nationale tilsynsmyndigheder i forbindelse med omlægningen af eksisterende analoge kanaler til digitale net skal tage højde for de materielle begrænsninger, der er forbundet med, at det teknisk set er umuligt at opdele de omhandlede radiofrekvenser. I en sådan situation kan målet om at fremme en effektiv udnyttelse og forvaltning af radiofrekvenser, som bl.a. er fastsat i rammedirektivets artikel 8, stk. 2, litra d), med henblik på at undgå, at der opstår brøkdele, begrunde, at der tildeles et antal digitale net, som er højere eller lavere end antallet af drevne analoge kanaler.

55 I den foreliggende sag fremgår det af de for Domstolen fremlagte oplysninger, at en digital multiplex kan transmittere fem til seks kanaler med den samme transmissionskvalitet som analog transmission eller transmittere tre digitale kanaler i høj opløsning, dvs. med en mere avanceret teknologi. Således som det er anført af generaladvokaten i punkt 67 i forslaget til afgørelse, og med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse, forekommer det imidlertid at forholde sig sådan, at en enkelt multiplex ville have været tilstrækkelig til, at operatører som RAI og Mediaset kunne sikre fortsættelsen af deres tre analoge kanaler i den samme kvalitet, og at tildeling af en multiplex mere ville have gået videre end det, der var nødvendigt for at nå dette mål. Således som det fremgår af punkt 79 i forslaget til afgørelse, synes bevarelsen af radiofrekvensernes udelelighed ikke i tilstrækkelig grad at kunne begrunde den i hovedsagen omhandlede forskelsbehandling, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

56 I lyset af det ovenfor anførte skal de forelagte spørgsmål besvares som følger:

— Rammedirektivets artikel 9, tilladelsesdirektivets artikel 3, 5 og 7 samt konkurrencedirektivets artikel 2 og 4 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, der med henblik på omlægningen af eksisterende analoge kanaler til digitale net tager højde for ulovligt drevne analoge kanaler, eftersom dette har den virkning, at en uberettiget konkurrencemæssig fordel forlænges eller endog styrkes.

— Princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, som, idet den anvender samme omlægningskriterium, bevirker, at antallet af tildelte digitale net er forholdsmæssigt lavere end antallet af drevne analoge kanaler, til skade for visse operatører, som stilles ringere i forhold til deres konkurrenter, medmindre bestemmelsen er objektivt begrundet og står i et rimeligt forhold til sit formål. Kontinuitet i tv-udbuddet udgør et lovligt formål, som kan begrunde en sådan forskelsbehandling. En bestemmelse, der fører til, at operatører, som i forvejen er aktive på markedet, tildeles et højere antal digitale radiofrekvenser end det antal, der er nødvendigt for at sikre kontinuiteten i deres tv-udbud, går imidlertid ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, og er således uforholdsmæssig.

Sagsomkostninger

57 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

1) **Artikel 9 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25. november 2009, artikel 3, 5 og 7 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF, og artikel 2 og 4 i Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16. september 2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (konkurrencedirektivet), skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, der med henblik på omlægningen af eksisterende analoge kanaler til digitale net tager højde for ulovligt drevne analoge kanaler, eftersom dette har den virkning, at en uberettiget konkurrencemæssig fordel forlænges eller endog styrkes.**

2) **Princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, som, idet den anvender samme omlægningskriterium, bevirker, at antallet af tildelte digitale net er forholdsmæssigt lavere end antallet af drevne analoge kanaler, til skade for visse operatører, som stilles ringere i forhold til deres konkurrenter, medmindre bestemmelsen er objektivt begrundet og står i et rimeligt forhold til sit formål. Kontinuitet i tv-udbuddet udgør et lovligt formål, som kan begrunde en sådan forskelsbehandling. En bestemmelse, der fører til, at operatører, som i forvejen er aktive på markedet, tildeles et højere antal digitale radiofrekvenser end det antal, der er nødvendigt for at sikre kontinuiteten i deres tv-udbud, går imidlertid ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, og er således uforholdsmæssig.**

Underskrifter