FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT POIARES MADURO

föredraget den 12 september 2007 [1]

1. Genom begäran om förhandsavgörande i förevarande mål har Consiglio di Stato ställt ett stort antal frågor till domstolen om sund konkurrens, frihet att tillhandahålla tjänster, yttrandefrihet och principen om mediemångfald. Målet vid den nationella domstolen gäller ett TV-bolag som flera år efter att ha erhållit nationella sändningsrättigheter genom ett offentligt anbudsförfarande fortfarande inte har tilldelats de radiofrekvenser som är nödvändiga för att utöva rättigheterna i fråga. Enligt den nationella lagstiftningen har etablerade operatörer under tiden kunnat fortsätta sin sändningsverksamhet samt använda radiofrekvenser, vilket de facto innebär en fortsatt situation där resultatet av det offentliga anbudsförfarandet inte respekteras. Jag kommer att behandla den hänskjutande domstolens frågor i huvudsak mot bakgrund av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster.

I — Bakgrund, nationella bestämmelser och begäran om förhandsavgörande

2. De tillämpliga nationella bestämmelserna utgörs av en komplex samling av lagar och förordningar, men tre lagstiftningsåtgärder efter varandra har utgjort hörnstenarna i lagstiftningen om nationella TV-sändningar, nämligen lag nr 223/1990 (nedan kallad Mammìlagen) [2], lag nr 249/1997 (nedan kallad Maccanicolagen) [3] och lag nr 112/2004 (nedan kallad Gasparrilagen) [4].

3. Maccanicolagen antogs i juli 1997 efter det att Corte Costituzionale (Italien) genom ett

1 — Originalspråk: engelska.

2 — GURI nr 185 av, den 9 augusti 1990, ordinarie tillägg nr 53.

3 — GURI nr 177 av den 31 juli 1997, ordinarie tillägg nr 154.

4 — GURI nr 104 av, den 5 maj 2004, ordinarie tillägg nr 82.

avgörande i december 1994 [5] hade slagit fast att antitrustbestämmelserna i Mammìlagen var otillräckliga för att förhindra dominerande ställningar som kan hota mediemångfalden. Genom Maccanicolagen inrättades Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (regleringsmyndighet på kommunikationsområdet) (nedan kallad AGCom) och infördes nya begränsningar när det gäller koncentrationen på marknaden för nationella TV-sändningar i syfte att säkerställa konkurrens och iakttagande av principen om mediemångfald. Enligt Maccanicolagen fick ingen operatör sända mer än 20 procent via de nationella sändningskanalerna från och med den 30 april 1998.

4. Maccanicolagen innehöll även övergångsbestämmelser för etablerade operatörer med befintliga kanaler som överskred tröskeln på 20 procent. Enligt övergångsbestämmelserna skulle dessa operatörer temporärt få fortsätta sin sändningsverksamhet efter den 30 april 1998, på villkor att de sände via kabel eller satellit samtidigt som de sände på markfrekvenser. I lagen föreskrevs att kanaler som överskred tröskeln på sikt skulle upphöra med marksändning när en nationell plan antagits för tilldelning av frekvenser.

5. Med beaktande av målsättningarna för Maccanicolagen inleddes ett offentligt anbudsförfarande i mars 1999 avseende rättigheterna till nationella TV-sändningar på markfrekvenser. På grund av tekniska begränsningar kunde antalet markkanaler inte överstiga elva. Tre kanaler reserverades för public service-TV, medan högst åtta kanaler var tillgängliga för privata operatörer.

6. Efter att framgångsrikt ha deltagit i anbudsförfarandet erhöll Centro Europa 7 Srl (nedan kallat Europa 7) nationella TV-sändningsrättigheter. Rättigheterna beviljades genom ministerdekret av den 28 juli 1999, utfärdat den 28 oktober samma år. Beträffande de särskilda frekvenserna hänvisades i dekretet till den nationella plan för tilldelning som skulle genomföras. Enligt dekretet skulle AGCom och kommunikationsministeriet genomföra den nationella tilldelningsplanen inom 24 månader från anmälan av dekretet. I händelse av ”objektiva hinder” kunde perioden förlängas med ytterligare 12 månader.

7. Den nationella tilldelningsplanen förverkligades aldrig. Europa 7 tilldelades därför inga frekvenser och kunde inte börja sända, trots att man erhållit sändningsrättigheter. Samtidigt tillät en rad lagar och rättsliga avgöranden att de etablerade operatörerna,

5 — Sentenza 5–7 december 1994, nr 420/1994.

inbegripet sådana som inte hade godkänts vid anbudsförfarandet, fortsatte sin sändningsverksamhet.

8. Genom lag nr 66/2001 [6], som reglerade övergången från analog till digital TV, tilläts till exempel att dessa operatörer fortsatte sända på markfrekvenser fram till antagandet av en nationell plan för tilldelning av frekvenser för digitalsänd TV. Planen i fråga skulle träda i kraft senast den 31 december 2002. Slutdatumet passerades, men någon plan utarbetades aldrig.

9. I ett avgörande av den 20 november 2002 slog Corte Costituzionale fast att övergången från marksänd TV till kabel- eller satellit-TV för de kanaler som överskred antitrusttröskeln på 20 procent skulle ske senast den 31 december 2003, oavsett utvecklingsskedet för digital-TV. [7] Genom lagdekret nr 352/2003 [8] (senare omarbetat till lag nr 43/2004 [9]) och Gasparrilagen förlängdes, trots detta avgörande, än en gång möjligheten för etablerade operatörer att fortsätta att använda markfrekvenser för kanaler som överskred antitrusttröskeln.

10. I väntan på antagandet av en nationell plan för tilldelning av frekvenser för digital-TV tillät Gasparrilagen de facto etablerade operatörer att använda frekvenser för kanaler som överskred antitrusttröskeln, vilket hindrade att dessa frekvenser frigjordes för nya operatörer som till exempel Europa 7. Enligt Gasparrilagen fick dessutom endast aktiva operatörer ansöka om rättighet att använda frekvenser för digital-TV. I Gasparrilagen omdefinierades slutligen den tröskel på 20 procent som hade införts genom Maccanicolagen.

11. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i förevarande mål hade vissa operatörer av nationella TV-sändningar inte erhållit sändningsrättigheter, men tilläts ändå fortsätta sin sändningsverksamhet, trots att de överskred antitrusttröskeln. Europa 7 kunde inte börja sända trots att bolaget erhållit sändningsrättigheter, eftersom det inte hade tilldelats nödvändiga frekvenser. Europa 7 kunde inte heller få sändningsrättigheter för digital-TV, eftersom bolaget inte var en aktiv operatör.

12. När perioden på 24 månader efter anmälan av sändningstillståndet hade löpt ut, väckte Europa 7 talan vid Tribunale Amministrativo Regionale Lazio. Europa 7 yrkade att de behöriga administrativa myndigheterna skulle förpliktas att tilldela de nödvändiga frekvenserna och betala ersättning för de förluster som bolaget hade orsakats i

6 — GURI nr 70 av, den 24 mars 2001.
7 — Sentenza, den 20 november 2002, nr 466/2002.
8 — GURI nr 300 av, den 29 december 2003.
9 — GURI nr 47 av, den 26 februari 2004.

mellantiden. Alternativt yrkade Europa 7 skadestånd, för det fall det skulle visa sig vara omöjligt att tilldela frekvenserna. Tribunale Amministrativo Regionale Lazio slog fast att Europa 7 inte kunde göra gällande rätten (diritto soggettivo) att tilldelas särskilda frekvenser, och ogillade talan i dess helhet. Europa 7 lämnade därefter in ett överklagande till Consiglio di Stato.

13. Under hela det nationella domstolsförfarandet åberopade de italienska myndigheterna lagdekret nr 352/2003 och Gasparrilagen till sitt försvar. I detta sammanhang har Consiglio di Stato hänskjutit ett antal frågor till domstolen:

”1. Skall artikel 10 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilken det hänvisas till i artikel 6 i fördraget om Europeiska unionen, anses säkerställa mångfald i fråga om extern information inom TV-branschen, vilket medför en skyldighet för medlemsstaterna att säkerställa en verklig mångfald och konkurrens inom branschen, en konkurrens som grundas på antitrustregler som med hänsyn till den tekniska utvecklingen säkerställer tillträde till näten och en mångfald av aktörer, varför det inte är möjligt att tillåta en duopolistisk ordning på marknaden?

2. Krävs det enligt de bestämmelser i EG-fördraget som säkerställer friheten att tillhandahålla tjänster och konkurrens, såsom dessa tolkats av kommissionen i tolkningsmeddelandet av den 29 april 2000 om koncessioner enligt EG-rätten, att principerna för tilldelning av koncessioner skall kunna säkerställa en icke-diskriminerande likabehandling, liksom insyn, proportionalitet och respekt för enskildas rättigheter? Står bestämmelserna i italiensk rätt, däribland artikel 3.7 i lag nr 249/1997 och artikel 1 i lagdekret nr 352 av den 24 december 2003, omvandlat till lag nr 112/2004 (Gasparrilagen),[10] i strid med dessa bestämmelser och principer i fördraget, genom att det enligt de nationella bestämmelserna är tillåtet för företag som driver TV-nät som överskrider antitrustreglernas gränser att fortsätta bedriva sin verksamhet, vilket har medfört att sådana aktörer som klagandebolaget utestängts från marknaden genom att de, trots att de innehar vederbörlig koncession som tilldelats efter ett regelrätt urvalsförfarande, inte har kunnat bedriva den verksamhet som koncessionerna avser på grund av att de inte har tilldelats några frekvenser (på grund av att frekvenserna är otillräckliga eller på grund av bristen på frekvenser, vilket beror på att de företag som har så kallade överskottsnät fortsätter att bedriva sin verksamhet)?

3. Följer det av artikel 17 i [Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG

10 — Detta förefaller att vara ett misstag: lagdekretet i fråga omvandlades de facto till lag nr 43/2004 av den 24 februari 2004.

av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektivet)] att direktivet från och med den 25 juli 2003 har direkt effekt i den nationella rättsordningen, och innebär artikeln en skyldighet för den medlemsstat som utfärdat koncessioner för TV-sändningsverksamhet (inbegripet rätten att installera kommunikationsnät eller tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster eller nyttjanderätten till frekvenser) att anpassa koncessionerna till gemenskapsbestämmelserna? Innebär denna skyldighet att det är nödvändigt att faktiskt tilldela de frekvenser som krävs för att kunna bedriva verksamheten?

4. Skall bestämmelser om ett generellt tillstånd som föreskrivs i nationell rätt (artikel 23.5 i lag nr 112/2004), vilka – genom att tillåta att så kallade överskottsnät som inte valts ut genom ett urvalsförfarande fortsätter med sin sändningsverksamhet – medför att andra företags rättigheter enligt gemenskapslagstiftningen påverkas (artikel 17.2 i direktiv 2002/20 … och att de förhindras att bedriva sin verksamhet trots att de tilldelats en koncession efter ett urvalsförfarande, anses stå i strid med 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)] och artikel 5 i auktorisationsdirektivet, i vilka det föreskrivs att tilldelningen skall ske genom ett öppet och icke-diskriminerande förfarande med god insyn (artikel 5) som är baserat på objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella kriterier (artikel 9)?

5. Innebär artikel 9 i direktiv 2002/21 …, artiklarna 5.2 andra stycket och 7.3 i direktiv 2002/20 … samt artikel 4 i [kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster] en skyldighet för medlemsstaterna att, i vart fall från och med den 25 juli 2003 (se artikel 17 i auktorisationsdirektivet), se till att den faktiska användningen av frekvenser upphör (drift av system utan koncession eller tillstånd som utfärdats efter en jämförelse av de sökande) med avseende på verksamhet för TV-sändning, som den som bedrivits, så att det inte är tillåtet att bedriva sådan verksamhet utan en korrekt planering av etern och utan att detta är ägnat att öka mångfalden, vilket dessutom står i strid med de koncessioner som medlemsstaten har tilldelat efter ett urvalsförfarande?

6. Kunde och kan undantaget i artikel 5.2 andra stycket i direktiv 2002/20… … och artikel 4 i direktiv 2002/77… åberopas av medlemsstaten endast med hänvisning till skyddet för informationsmångfalden och för att säkerställa skyddet för kulturell eller språklig mångfald, och inte till förmån för de företag som driver nät som överskrider de gränser i antitrustreglerna som redan föreskrivs i den nationella lagstiftningen?

7. Måste medlemsstaten, för att kunna använda sig av det undantag som föreskrivs i artikel 5 i direktiv 2002/20…, ange vilka syften som faktiskt eftersträvas genom de nationella undantagsbestämmelserna?

8. Kan undantaget, förutom när det gäller koncessionshavaren för public service-TV (RAI i Italien), även vara tillämpligt till förmån för privata aktörer som inte tilldelats en koncession efter ett urvalsförfarande och till nackdel för företag som däremot i vederbörlig ordning har tilldelats koncession efter ett urvalsförfarande?

9. Skall de gemenskapsrättsliga bestämmelser i fördragen och sekundärrätten som syftar till att säkerställa en verklig konkurrens (workable competition) även inom televisionsbranschen anses medföra en skyldighet för den nationella lagstiftaren att avhålla sig från att förlänga de gamla övergångsbestämmelserna avseende analoga sändningar i samband med övergången till digitala marksändningar, eftersom det endast är vid en ”nedsläckning” av analoga sändningar (med den följande allmänna övergången till digital teknik) som det frekvensutrymme som frigörs skulle kunna omallokeras till olika användningar, medan det, när det enbart är fråga om att inleda processen för övergång till digitala marksändningar, uppstår en risk för att bristen på frekvensutrymme ytterligare förvärras på grund av att analoga och digitala sändningar parallellsänds (simulcast)?

10. Skall slutligen skyddet för mångfald i fråga om informationskällor och konkurrensen inom TV-branschen som garanteras i gemenskapsrätten anses säkerställt genom nationella bestämmelser – såsom de som föreskrivs i lag nr 112/2004 – vilka föreskriver en ny gräns på 20 procent av resurserna som är kopplad till ett nytt och mycket omfattande kriterium (det så kallade integrerade kommunikationssystemet, IKS: artiklarna 2 g och 15 i lag nr 112/2004) som även omfattar verksamhet som inte inverkar på mångfalden i fråga om informationskällor, när den ”relevanta marknaden” enligt antitrustreglerna normalt definieras genom att de olika marknaderna inom TV-branschen särskiljs, genom att det även görs åtskillnad mellan betal-TV och avgiftsfri TV via etern (se bland annat [kommissionens beslut av den 21 mars 2000 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden (ärende nr COMP/JV. 37 – BSKYB/Kirch Pay TV) på grundval av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer], fusionsförfarande och [kommissionens beslut av den 2 april 2003 om att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende nr COMP/M. 2876 – Newscorp/Telepiù) på grundval av förordning nr 4064/89].”

II — Inledande anmärkningar om domstolens behörighet att pröva huruvida nationella rättsakter är förenliga med de grundläggande rättigheterna

14. Genom den första frågan vill den hänskjutande domstolen att domstolen skall tolka artikel 10 i Europakonventionen samt klargöra vilka skyldigheter som åligger medlemsstaterna med hänsyn till rätten till yttrandefrihet och det därmed sammanhängande begreppet mediemångfald.

15. Respekt för yttrandefriheten är en av de principer som Europeiska unionen bygger på. Detta innebär emellertid inte automatiskt att domstolen har behörighet att pröva huruvida en medlemsstat har brutit mot rätten till yttrandefrihet. Som domstolen vid ett flertal tillfällen har slagit fast har den endast behörighet att pröva huruvida nationella bestämmelser som omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde är förenliga med de grundläggande rättigheterna. [11]

16. Argument har tidigare lagts fram för att domstolen skall få utökad behörighet att granska medlemsstaternas åtgärder och bedöma huruvida de är förenliga med de grundläggande rättigheterna. I sitt förslag till avgörande i målet Konstantinidis ansåg generaladvokat Jacobs att varje medborgare i en medlemsstat som bedriver ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat skall få åberopa skydd för sina grundläggande rättigheter inom ramen för gemenskapsrätten:

”Enligt min åsikt skall en gemenskapsmedborgare som beger sig till en annan medlemsstat som arbetstagare eller egenföretagare … ha rätt inte enbart att bedriva sin verksamhet eller utöva sitt yrke samt åtnjuta samma levnads- och arbetsförhållanden som medborgarna i värdstaten. Han skall dessutom kunna anta att han oavsett vart han beger sig inom Europeiska gemenskapen för att förtjäna sitt uppehälle kommer att behandlas på ett sätt som beaktar gemensamma grundläggande värderingar, särskilt de som fastställs i Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter. Han skall med andra ord ha rätt att säga *civis europeus sum* och åberopa denna ställning för att invända mot varje kränkning av sina grundläggande rättigheter” [12]

17. Domstolen följde emellertid inte detta förslag. Domstolen instämde med andra ord inte i åsikten att varje kränkning från värdstatens sida av en grundläggande rättighet för en medborgare från en annan medlemsstat kan hindra utövandet av rätten till fri rörlighet.

11 — Se exempelvis beslut av den 6 oktober 2005 i mål C-328/04, Vajnai (REG 2005, s. I-8577), samt dom av den 29 maj 1997 i mål C-299/95, Kremzow (REG 1997, s. I-2629), av den 4 oktober 1991 i mål C-159/90, The Society for the Protection of Unborn Children Ireland (REG 1991, s. I-4685; svensk specialutgåva, tillägg, s. 19), och av den 30 september 1987 i mål 12/86, Demirel (REG 1987, s. 3719; svensk specialutgåva, volym 9, s. 175).

12 — Förslag till avgörande av den 9 december 1992 i mål C-168/91 Konstantinidis, där domstolen meddelade dom den 30 mars 1993 (REG 1993, s. I-1191; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-97), punkt 46.

Även om jag inte vill föreslå att domstolen skall ändra sin sedan länge fastställda åsikt i denna fråga, anser jag att tiden är mogen för en förfining av denna rättspraxis.

18. Sedan Amsterdamfördraget antogs är respekt för de grundläggande rättigheterna ett formellt rättsligt krav för medlemskap i Europeiska unionen. [13] I artikel 6 EU, i dess lydelse enligt Amsterdamfördraget, anges numera entydigt att EU bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna. I artikel 7 EU fastställs ett förfarande för att vidta sanktioner mot en medlemsstat när det finns en uppenbar risk för allvarligt åsidosättande av dessa principer, vilket således bekräftar att respekt för de grundläggande rättigheterna är ett oundgängligt villkor för medlemskap i EU.

19. Visserligen syftar dessa bestämmelser inte till att inom ramen för EU-rätten utvidga tillämpningsområdet för de grundläggande rättigheterna till att omfatta varje åtgärd som vidtas av medlemsstaterna. Det kan dock inte förnekas att de är uttryck för en djup övertygelse om att respekt för de grundläggande rättigheterna är en oskiljaktig del av EU:s rättsordning och att gemensamma åtgärder som vidtas av och för folken i Europa vore ovärdiga och ogenomförbara om dessa rättigheter inte iakttogs. I denna mening bygger Europeiska unionens själva existens på respekt för de grundläggande rättigheterna. Att skydda den gemensamma synen på de grundläggande rättigheterna är därför en existentiell förutsättning för EU:s rättsordning.

20. Mot denna bakgrund fullgör domstolen sin uppgift att säkerställa att medlemsstaterna iakttar de grundläggande rättigheterna som allmänna rättsprinciper. [14] I detta sammanhang måste åtskillnad göras mellan, å ena sidan, behörigheten att pröva en nationell åtgärd i ljuset av de grundläggande rättigheterna och, å andra sidan, behörigheten att pröva huruvida medlemsstaterna garanterar en nödvändig skyddsnivå för de grundläggande rättigheterna så att de på ett lämpligt sätt kan fullgöra sina skyldigheter som EU-medlemmar. Den förstnämnda typen av prövning existerar inte ännu och ingår inte i EU:s nuvarande befogenheter. Den andra typen av prövning följer däremot som ett logiskt resultat av den europeiska integrationsprocessen. Denna prövning tjänar till att garantera att de grundläggande

13 — Artikel 49 EU.

14 — Se exempelvis dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-209), av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), och av den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino (REG 2005, s. I-5285). Domstolens karakterisering av de grundläggande rättigheterna som ”en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vars upprätthållande domstolen skall säkerställa” går tillbaka till dom av den 14 maj 1974 i mål 4/73, Nold (REG 1974, s. 491; svensk specialutgåva, volym 2, s. 291), punkt 13, av den 13 december 1979 i mål 44/79, Hauer (REG 1979, s. 3727; svensk specialutgåva, volym 4, s. 621), punkt 15, och av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (REG 1970, s. 1125; svensk specialutgåva, volym 1, s. 503), punkt 4. För fullständighetens skull bör det påpekas att de tre sistnämnda målen gällde gemenskapsinstitutionernas skyldighet att respektera de grundläggande rättigheterna.

villkoren föreligger för att EU:s rättsordning skall kunna fungera korrekt och för att EU-medborgarna faktiskt skall kunna utöva sina rättigheter. Även om graden av skydd för de grundläggande rättigheterna på nationell nivå inte måste vara exakt densamma som på EU-nivå, måste det finnas ett visst mått av överensstämmelse för att säkerställa att EU-rätten tillämpas effektivt inom ramen för den nationella rättsordningen.

21. Även om det vid en första anblick kan förefalla som ett osannolikt scenario, kan jag inte utan vidare avskriva möjligheten att det i en medlemsstat kan inträffa allvarliga och upprepade kränkningar av de grundläggande rättigheterna som gör det omöjligt för staten i fråga att fullgöra många av sina skyldigheter som EU-medlem och allvarligt begränsar enskilda personers möjlighet att till fullo åtnjuta sina rättigheter enligt EU-rätten. Man kan till exempel svårligen tänka sig att EU-medborgare skulle kunna utöva sin rätt till fri rörlighet i en medlemsstat där det fanns systematiska brister i skyddet av de grundläggande rättigheterna. Systematiska brister av ett sådant slag skulle de facto innebära ett åsidosättande av bestämmelserna om fri rörlighet.

22. Jag föreslår inte att varje kränkning av de grundläggande rättigheterna i den mening som avses i artikel 6.2 EU i sig skall anses utgöra ett åsidosättande av bestämmelserna om fri rörlighet. Endast allvarliga och upprepade kränkningar, som belyser ett problem av systematisk natur när det gäller skyddet av de grundläggande rättigheterna i medlemsstaten i fråga, bör enligt min åsikt kvalificeras som åsidosättande av bestämmelserna om fri rörlighet, på grund av det direkta hot som de innebär mot EU-medborgarskapets transnationella dimension och integriteten hos EU:s rättsordning. Så länge skyddet av de grundläggande rättigheterna i en medlemsstat inte har allvarliga brister i denna mening, anser jag emellertid att domstolen endast bör pröva huruvida nationella åtgärder är förenliga med de grundläggande rättigheterna i det fall då åtgärderna i fråga omfattas av tillämpningsområdet för domstolens behörighet såsom det hittills har definierats i domstolens rättspraxis. [15]

23. När det gäller förevarande mål föreslår jag att domstolen skall hålla fast vid sin konventionella praxis. Detta betyder inte att jag anser att den nationella domstolens första fråga, om rätten till yttrandefrihet, saknar relevans. Som vi kommer att se är den emellertid av underordnad betydelse i förhållande till frågan huruvida rörelsefriheten har begränsats.

III — Omformulering av de frågor som hänskjutits till domstolen för förhandsavgörande

24. Detta leder oss fram till den nationella domstolens övriga frågor. Tyvärr har dessa

15 — Se särskilt dom av den 13 juli 1989 i mål 5/88, Wachauf (REG 1989, s. 2609), domen i målet ERT (ovan fotnot 14), dom av den 25 mars 2004 i mål C-71/02, Karner (REG 2004, s. I-3025), och domen i målet Pupino (ovan fotnot 14).

frågor formulerats på ett sätt som i flera avseenden är problematiskt. Den hänskjutande domstolen vill i huvudsak att domstolen skall avgöra huruvida den nationella lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten. Det ankommer dock inte på domstolen att göra detta inom ramen för ett förfarande för förhandsavgörande. Domstolens behörighet är begränsad till att tolka relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten. Det är upp till den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida den nationella lagstiftningen är förenlig med dessa bestämmelser. [16]

25. Det är vidare nödvändigt att minska räckvidden av den hänskjutande domstolens begäran om förhandsavgörande. Frågorna från Consiglio di Stato rör olika aspekter av den italienska lagstiftningen. Det är emellertid inte lämpligt att domstolen behandlar frågor i gemenskapsrätten som det inte är nödvändigt att besvara för att avgöra tvisten i det nationella målet. Domstolen har slagit fast att sådana frågor skall avvisas. [17] I enlighet med denna rättspraxis kommer jag inte att behandla den hänskjutande domstolens frågor om kriterierna för att erhålla rättigheter för digital-TV och den nya definitionen i Gasparrilagen av TV-marknaden i fråga.

26. Ytterligare en del av begäran om förhandsavgörande måste avvisas av en annan orsak. Inom ramen för ett förfarande för förhandsavgörande är det viktigt att den hänskjutande domstolen anger de faktiska omständigheter som ligger till grund för tolkningsfrågorna, så att domstolen kan tillhandahålla en användbar tolkning av de relevanta bestämmelserna i gemenskapsrätten. [18] Som domstolen slog fast i domen i målet Telemarsicabruzzo är detta ”av särskild betydelse på konkurrensområdet, vilket kännetecknas av komplicerade faktiska och rättsliga förhållanden”. [19]

27. Det förefaller som om den hänskjutande domstolen, när den genom sin andra fråga begär en tolkning av fördragets bestämmelser om konkurrens, främst vill ha en tolkning av artikel 86.1 EG jämförd med artikel 82 EG. Enligt domstolens rättspraxis överträder en medlemsstat bestämmelserna i dessa två artiklar när den beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter till ett företag som ”genom utövandet av [dessa rättigheter] föranleds att missbruka sin dominerande ställning eller när dessa rättigheter kan ge upphov till en situation som föranleder att företaget gör sig skyldigt till sådant missbruk”. [20] I begäran om

16 — Se exempelvis dom av den 23 mars 2006 i mål C-237/04, Enirisorse (REG 2006, s. I-2843), punkt 24, och av den 9 september 2003 i mål C-151/02, Jaeger (REG 2003, s. I-8389), punkt 43.

17 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 februari 1983 i mål 149/82, Robards (REG 1983, s. 171), punkt 19, av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-105), punkt 25, och av den 21 mars 2002 i mål C-451/99, Cura Anlagen (REG 2002, s. I-3193), punkt 26.

18 — Se exempelvis dom av den 13 juli 2006 i mål C-295/04, Manfredi (REG 2006, s. I-6619), punkt 27, och av den 14 september 2006 i mål C-138/05, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (REG 2006, s. I-8339), punkt 30.

19 — Dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90, C-321/90 och C-322/90, Telemarsicabruzzo (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-1), punkt 7. Se även dom av den 5 december 2006 i de förenade målen C-94/04 och C-202/04, Cipolla m.fl. (REG 2006, s. I-11421), punkt 25, av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 39, och av den 15 juni 2006 i mål C-466/04, Acereda Herrera (REG 2006, s. I-5341), punkt 48.

20 — Se exempelvis dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089), punkt 39, dom av den 12 september 2000 i de förenade målen C-180/98—C-184/98, Pavlov m.fl. (REG 2000, s. I-6451), punkt 127, och av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), punkt 23.

förhandsavgörande saknas dock uppgifter om framför allt definitionen av den relevanta marknaden, beräkningen av marknadsandelarna för de olika företag som är verksamma på marknaden i fråga och det misstänkta missbruket av en dominerande ställning. Under dessa omständigheter måste det därför anses att den hänskjutande domstolens fråga avseende fördragets bestämmelser om konkurrens skall avvisas. [21]

28. I den mån begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning är den fråga som ställs i huvudsak följande: ”Utgör gemenskapsrätten hinder för nationell lagstiftning som gör det möjligt för etablerade leverantörer av nationella TV-sändningstjänster att fortsätta att sända över radiofrekvenser, varigenom frigörandet av radiofrekvenser för nya operatörer som har beviljats rättighet att tillhandahålla samma tjänster hindras?” Jag skall behandla denna fråga mot bakgrund av artikel 49 EG [22] och det gemensamma regelverket för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster. [23]

29. Det skulle kunna hävdas att begäran om förhandsavgörande efter denna omformulering icke desto mindre stupar på att den inte kan tas upp till prövning på grundval av artikel 49 EG, eftersom de omständigheter som det rör sig om i det nationella målet inte förefaller ha några gränsöverskridande verkningar. Detta argument är emellertid inte övertygande.

30. I domen i målet Guimont [24] och i målet Anomar m.fl. [25] godtog domstolen frågor som den nationella domstolen hänskjutit rörande fördragets bestämmelser om fri rörlighet, trots att de ställdes i ett mål som inte hade någon gränsöverskridande verkan. Likaså i domen i målet Cipolla m.fl., där omständigheterna i målet begränsade sig till Italien, ansåg domstolen att ”ett svar [kan] vara ändamålsenligt för den hänskjutande domstolen …, i synnerhet om italienska medborgare, i ett sådant förfarande som det förevarande, enligt nationell rätt skall ha samma rättigheter som dem som medborgare från andra medlemsstater skulle ha i samma situation enligt gemenskapsrätten”. [26] Enligt min åsikt är detta synsätt befogat mot bakgrund av samarbetsandan mellan de nationella domstolarna och domstolen samt med beaktande av behovet av att undvika en samlad tillämpning av nationell rätt och gemenskapsrätten, vilket kan leda till

21 — Se även exempelvis dom av den 17 februari 2005 i mål C-134/03, Viacom Outdoor (REG 2005, s. I-1167), punkterna 25–29.

22 — Det skulle kunna anses att även artikel 43 EG är relevant. Jag anser emellertid inte att det är nödvändigt att pröva förevarande mål mot bakgrund av både artikel 49 EG och artikel 43 EG, eftersom båda artiklarna enligt min åsikt ger samma resultat.

23 — 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, s. 33). Se även Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv) (EGT L 108, s. 21) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektiv) (EGT L 108, s. 7).

24 — Dom av den 5 december 2000 i mål C-448/98, Guimont (REG 2000, s. I-10663), punkterna 22 och 23.

25 — Dom av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar m.fl. (REG 2003, s. I-8621), punkterna 39–41.

26 — Se domen i målet Cipolla m.fl. (ovan fotnot 19), punkt 30. Se även domen i målet Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (ovan fotnot 20), punkt 29. Domstolen intog i huvudsak samma ståndpunkt i sin dom av den 13 januari 2000 i mål C-254/98, TK-Heimdienst (REG 2000, s. I-151).

ogynnsam behandling av en medlemsstats egna medborgare. [27] Domstolen bör därför även i förevarande mål tillhandahålla en tolkning av artikel 49 EG.

IV — Bedömning

31. Medlemsstaterna har inte skyldighet enligt fördraget att privatisera vissa sektorer av marknaden. I princip tillåter fördraget att de behåller statliga monopol eller statligt ägande i vissa bolag. [28] Det ger dem emellertid inte rätt att selektivt inskränka marknadsaktörers tillträde till vissa ekonomiska sektorer när dessa väl har privatiserats. [29]

32. Gemenskapsrätten ger således vanligen inte aktörer en rättighet att vara verksamma i en särskild sektor. Däremot utgör fördraget hinder för begränsningar som gör det svårare för aktörer i andra medlemsstater än för inhemska aktörer att få tillträde till den nationella marknaden. [30] Enligt bestämmelserna om fri rörlighet får varje åtgärd av en medlemsstat som faktiskt eller potentiellt kan ha en sådan verkan vidmakthållas endast om åtgärden är lämplig och nödvändig för att uppfylla ett legitimt mål av allmänintresse och om den olikartade verkan på inhemska aktörer och aktörer i andra medlemsstater står i proportion till de objektiva skillnaderna mellan aktörerna i fråga. [31]

33. Nationella åtgärder som begränsar antalet aktörer inom en särskild marknadssektor kan begränsa den fria rörligheten, eftersom sådana åtgärder innebär en risk för att inhemska marknadsstrukturer befästs och ställningen för aktörer som har erhållit en stark position inom sektorn i fråga skyddas. Det är dessutom sannolikt att dessa aktörer är inhemska aktörer. Begränsningar av antalet aktörer inom en sektor av den nationella marknaden måste därför vara motiverade.

34. Som framgår av domen i målet Placanica kan ett koncessionssystem som begränsar det totala antalet aktörer på det nationella området motiveras av hänsyn till allmän-

27 — Se även punkterna 121–154 i generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande av den 28 juni 2007 i mål C-212/06, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon, anhängigt vid domstolen, och mitt förslag till avgörande av den 6 maj 2004 i mål C-72/03, Carbonati Apuani, där domstolen meddelade dom den 9 september 2004 (REG 2004, s. I-8027), punkterna 61–63.

28 — Se artiklarna 31 och 86.1 EG och exempelvis dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren m.fl. (REG 2007, s. I-4079), av den 23 oktober 1997 i mål C-189/95, Franzén (REG 1997, s. I-5909), och av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl. (REG 1999, s. I-6067).

29 — Se punkt 26 i mitt förslag till avgörande av den 7 september 2006 i de förenade målen C-463/04 och C-464/04, Federconsumatori m.fl., anhängiga vid domstolen.

30 — Se exempelvis dom av den 8 september 2005 i de förenade målen C-544/03 och C-545/03, Mobistar och Belgacom Mobile (REG 2005, s. I-7723), punkterna 31–33.

31 — Se exempelvis dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband (REG 2003, s. I-14887), och mitt förslag till avgörande av den 13 juli 2006 i mål C-434/04, Ahokainen och Leppik (REG 2006, s. I-9171).

intresset. [32] En nationell gräns för det totala antalet aktörer inom en särskild marknadssektor för tjänster kan således i princip anses tillåtlig enligt artikel 49 EG. Detta förutsätter emellertid att det finns ett legitimt skäl till att begränsa antalet aktörer samt en urvalsprocess som förhindrar godtycklig diskriminering genom att tillhandahålla tillräckliga garantier för att rättigheten att utöva verksamhet tilldelas på grundval av objektiva kriterier. När en medlemsstat tilldelar en sådan rättighet måste den därför tillämpa ett icke-diskriminerande förfarande med god insyn. Syftet med detta krav är att säkerställa att aktörer i hela gemenskapen har lika möjlighet att få tillträde till alla delar av den interna marknaden.

35. Samma resonemang ligger till grund för gemenskapens bestämmelser om förfarandena för tilldelning av offentliga kontrakt och koncessioner. Dessa förfaranden styrs av principerna om icke-diskriminering och insyn. Inom vissa områden är dessa principer fastställda i sekundärlagstiftning i vilken föreskrivs särskilda bestämmelser om offentlig upphandling. [33] Även när det gäller kontrakt som inte omfattas av dessa harmoniserade bestämmelser har domstolen emellertid slagit fast att medlemsstaterna måste respektera principerna om icke-diskriminering och insyn, som är inskrivna i gemenskapens primärrätt. [34]

36. Det samma gäller i en situation där en medlemsstat tilldelar ett begränsat antal privata operatörer rätten att tillhandahålla nationella TV-sändningstjänster via radiofrekvenser. Medlemsstaten kanske vill begränsa tillträdet till denna särskilda marknad, varigenom friheten att tillhandahålla tjänster hindras. Begränsningen kan vara motiverad med hänsyn till allmän ordning, om den är lämplig och nödvändig för att minska risken för skadlig radiostörning, förutsatt att den inte leder till godtycklig diskriminering. Anbudsförfarandet för tilldelning av rättigheter att tillhandahålla nationella TV-sändningstjänster måste enligt artikel 49 EG följaktligen vara förenligt med principen om icke-diskriminering och den därav följande skyldigheten att garantera insyn.

37. Dessa principer har också en viktig ställning i det gemensamma regelverket

32 — Dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica (REG 2007, s. I-1891), punkt 53. Se även Eftadomstolens dom av den 30 maj 2007 i mål E-3/06, Ladbrokes, punkterna 40–48.

33 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), i dess lydelse enligt rådets direktiv 2006/97/EG av den 20 november 2006 (EUT L 363, s. 107), Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, s. 1), i dess lydelse enligt rådets direktiv 2006/97/EG av den 20 november 2006 (EUT L 363, s. 107).

34 — Dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 21, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkt 17, av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkterna 48 och 49, och av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria (REG 2000, s. I-10745), punkt 62. Se även kommissionens tolkningsmeddelande av den 23 juni 2006 om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (EUT C 179, s. 2).

om elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster. [35] Detta gemensamma regelverk, som medlemsstaterna hade skyldighet att genomföra senast den 25 juli 2003, innehåller bestämmelser om förvaltningen av radiofrekvenser och förfarandet för att begränsa nyttjanderätterna till dessa frekvenser. I artikel 9.1 i ramdirektivet föreskrivs att medlemsstaterna ”skall säkerställa att den allokering och tilldelning av … radiofrekvenser som utförs av nationella regleringsmyndigheter är baserad på objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella kriterier”. Likaledes föreskrivs i artikel 7.3 i auktorisationsdirektivet att ”[o]m beviljandet av nyttjanderätter till radiofrekvenser måste begränsas skall medlemsstaterna bevilja sådana rättigheter på grundval av objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella urvalskriterier”. I det gemensamma regelverket utvecklas således de principer som härrör från fördraget.

38. Respekt för dessa principer innebär naturligtvis att medlemsstaterna måste följa upp beslutet att bevilja tillstånd till de operatörer som har valts ut genom ett icke-diskriminerande förfarande med god insyn. Det skulle motverka själva syftet med förfarandena i fråga om en medlemsstat underlät att respektera resultatet av dem och i stället tillät etablerade privata operatörer att behålla marknaden på obestämd tid, vilket skulle hindra tillämpningen av bestämmelserna om fri rörlighet. Kommissionen konstaterade med rätta i sitt meddelande om koncessioner att ”principen om likabehandling inte endast är ett krav på icke-diskriminerande villkor för tillträde till en ekonomisk verksamhet, utan dessutom omfattar en skyldighet för offentliga myndigheter att vidta alla åtgärder som krävs för att det skall gå att utöva verksamheten”. [36] När det gäller tilldelningen av tillstånd för nationella TV-sändningar till privata operatörer krävs enligt gemenskapsrätten att icke-diskriminerande urvalsförfaranden med god insyn tillämpas och att resultatet av förfarandena i fråga respekteras till fullo.

39. Det är desto mer nödvändigt att dessa krav uppfylls under de omständigheter som det rör sig om i det nationella målet, där ett offentligt anbudsförfarande för sändningsrättigheter genomförts för att garantera mediemångfald. Den roll som medierna ofta spelar som utgivare i den publika sfären [37] är av avgörande betydelse när det gäller att främja och skydda ett öppet och integrerat samhälle där olika idéer av allmänt intresse framförs och diskuteras. I detta sammanhang har Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna betonat att yttrandefriheten har en grundläggande roll i ett demokratiskt samhälle, särskilt när den är

35 — Se fotnot 22.

36 — Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EGT C 121, 2000, s. 2).

37 — Se Pettit, P., *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford, 1997, s. 168.

ägnad att förmedla information och idéer till allmänheten, vilket inte kan uppnås om den inte grundar sig på principen om mångfald, för vilken staten är yttersta garant.[38] Vid tillämpning av gemenskapsrätten inom området nationella TV-sändningstjänster skall följaktligen principen om mångfald iakttas och det är särskilt betydelsefullt att gemenskapsrätten tillämpas när den stärker skyddet för denna princip.[39]

40. Av det ovan anförda följer att nationella domstolar, som har en skyldighet att säkerställa en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten, noggrant måste pröva de skäl som en medlemsstat anger för att fördröja tilldelningen av frekvenser till en operatör som har beviljats nationella sändningsrättigheter genom ett offentligt anbudsförfarande, och om nödvändigt besluta om lämpliga åtgärder för att säkerställa att sändningsrättigheterna verkligen förverkligas.

41. Bestämmelserna och villkoren för att få tillgång till rättslig prövning vid nationella domstolar regleras i princip i den nationella rättsordningen.[40] Det bör dock betonas att när de nationella bestämmelserna inte ger möjlighet till ett effektivt rättsmedel krävs det enligt gemenskapsrätten att de nationella domstolarna ändå skall garantera ett sådant rättsmedel, i syfte att undvika en situation där ”[g]emenskapsreglernas fulla verkan skulle äventyras och skyddet för de rättigheter som erkänns i dessa skulle försvagas”.[41]

42. Kommissionen har yttrat sig skriftligen och har därvid påpekat att hänsyn bör tas till principen om skydd för berättigade förväntningar och de etablerade operatörernas rätt till egendom. Det är omöjligt att grundligt gå in på denna fråga med utgångspunkt i de uppgifter som inkommit till domstolen i förevarande mål. Jag instämmer i åsikten att principen om skydd för berättigade förväntningar och rätten till egendom måste iakttas såsom allmänna rättsprinciper vid tillämpning av gemenskapsrätten. Men även om dessa principer kan innebära att staten måste kompensera de etablerade operatörerna, innebär de inte nödvändigtvis att det är motiverat att tillåta en fortsatt situation där nya operatörers rättigheter blir verkningslösa i skuggan av de etablerade operatörernas befästa rättigheter.[42]

38 — Europadomstolens dom av den 24 november 1993, *Informationsverein Lentia m.fl. mot Österrike*, Serie A, nr 276, § 38.

39 — I detta avseende skiljer sig förevarande mål avsevärt från dom av den 25 juli 1991 i mål C-353/89, kommissionen mot Nederländerna (REG 1991, s. I-4069), där skyddet av principen om mångfald framfördes som ett skäl till att bevilja undantag från bestämmelserna om fri rörlighet, eftersom, såsom det hävdades, tillämpningen av bestämmelserna i fråga annars skulle ha undergrävt, inte stärkt, ansträngningarna att säkerställa mediemångfald. Se även dom av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689).

40 — Se exempelvis dom av den 14 december 1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel och Van Veen (REG 1995, s. I-4705), punkt 17.

41 — Se dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-435), punkt 33. Se även dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame m.fl. (REG 1990, s. I-2433; svensk specialutgåva, volym 10, s. 435), punkt 21, och dom av den 2 augusti 1993 i mål C-271/91, Marshall (REG 1993, s. I-4367; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-315), punkterna 22, 30 och 31.

42 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2007 i mål C-503/04, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-6153).

V — Förslag till avgörande

43. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att domstolen skall besvara de frågor som ställts av Consiglio di Stato på följande sätt:

Med beaktande av artikel 49 EG skall tilldelningen av ett begränsat antal tillstånd för nationella TV-sändningar till privata operatörer ske enligt icke-diskriminerande urvalsförfaranden med god insyn, och resultatet av förfarandena skall respekteras till fullo.

De nationella domstolarna måste noggrant pröva de skäl som en medlemsstat anger för att fördröja tilldelningen av frekvenser till en operatör som på detta sätt har beviljats nationella sändningsrättigheter, och om nödvändigt besluta om lämpliga åtgärder för att säkerställa att sändningsrättigheterna verkligen förverkligas.