ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н POIARES MADURO

представено на 12 септември 2007 година [1]

1. С акта за препращане в настоящото дело Consiglio di Stato (Италия) поставя на Съда цяла поредица въпроси с предмет лоялна конкуренция, свободно предоставяне на услуги, свобода на изразяване, както и принципа на медийния плурализъм. Главното производство се отнася до телевизионно дружество, което няколко години след като придобива права за национално телевизионно разпръскване в рамките на тръжна процедура, все още не е получило необходимите честоти за упражняването на тези права. Междувременно националното законодателство разрешава на заварените оператори да продължат телевизионната си дейност и да използват радиочестотите, като по този начин в действителност поддържа положение, което противоречи на резултата от тръжната процедура. Ще разгледам подигнатите от препращащата юрисдикция проблеми най-вече от гледна точка на правилата за свободно предоставяне на услуги.

I — Фактите, националната правна уредба и преюдициалното запитване

2. Националната правна уредба се състои от сложна система от закони и декрет-закони, но крайъгълният камък на правилата относно националното телевизионно разпръскване са три последователни законодателни мерки: Закон № 223/1990 [2] (наричан по-нататък „Закон Mammì“), Закон № 249/1997 [3] (наричан по-нататък „Закон Maccanico“) и Закон № 112/2004 [4] (наричан по-нататък „Закон Gasparri“).

3. Закон Maccanico е приет през юли 1997 г., след като в решение от декември

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — Редовна притурка № 53 към GURI № 185 от 9 август 1990 г.

3 — Редовна притурка № 154 към GURI № 177 от 31 юли 1997 г.

4 — Редовна притурка № 82 към GURI № 104 от 5 май 2004 г.

1994 г.[5] Corte Costituzionale постановява, че антитръстовите разпоредби на Закон Mammì не са подходящи да предотвратят господстващите положения, които могат да застрашат медийния плурализъм. Закон Maccanico създава Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (орган за регулиране на далекосъобщенията, „AGCom“) и въвежда нови ограничения върху концентрацията в рамките на националния пазар на телевизионното разпръскване, с цел да се гарантира конкуренцията и да се зачита плурализмът. По силата на Закон Maccanico никой субект няма разрешение да излъчва над 20 % от националните телевизионни програми след 30 април 1998 г.

4. Закон Maccanico предвижда и преходен режим за заварените оператори, чиито съществуващи канали надвишават пределната стойност от 20 %. Съгласно този преходен режим посочените оператори могат временно да продължат излъчването след 30 април 1998 г. , при условие че излъчването се извършва едновременно наземно и чрез спътник или кабел. Законът предвижда, че телевизионните канали, които нарушават пределната стойност, трябва да преустановят наземното разпръскване след приемането на национален план за разпределяне на честотите.

5. Предвид целите на Закон Maccanico през март 1999 г. е открита тръжна процедура за разпределяне на правата за наземно национално телевизионно разпръскване. Поради технически ограничения наземните канали не може да са повече от единадесет на брой. Три канала са запазени за обществената телевизия, а на частните оператори се предлагат най-много осем канала.

6. След като успешно взема участие в тръжната процедура, Centro Europa 7 srl (наричано по-нататък „Europa 7“) придобива права за национално телевизионно разпръскване. Тези права се предоставят с министерски декрет от 28 юли 1999 г. , публикуван на 28 октомври същата година. Що се отнася до конкретно разпределените честоти, декретът се позовава на националния план за разпределяне, чието осъществяване все още предстои. По силата на декрета AGCom и Министерството на далекосъобщенията трябва да осъществят националния разпределителен план в рамките на 24 месеца след нотифициране на декрета. В случай на „обективни препятствия“ този срок може да се продължи с 12 месеца.

7. Националният план за разпределяне на честотите не се осъществява. На Europa 7 следователно изобщо не се разпределя честота и въпреки че придобива права за телевизионно разпръскване, то не може да започне да излъчва. Междувременно

5 — Решение № 420/1994 от 5 и 7 декември 1994 г.

поредица закони и съдебни решения разрешават на заварените оператори, включително неуспешно взелите участие в тръжната процедура, да продължат да излъчват.

8. Например Закон № 66/2001 [6], който урежда преминаването от аналогова към цифрова телевизия, разрешава на тези оператори да продължават да излъчват на честоти за наземно разпръскване до осъществяването на национален план за разпределяне на честотите за цифрово разпръскване. Този план следва да започне да се прилага най-късно на 31 декември 2002 г. Срокът изтича, но план изобщо не е изготвен.

9. В решение от 20 ноември 2002 г. Corte Costituzionale постановява, че за каналите, които превишават антитръстовата пределна стойност от 20 %, преминаването от наземното разпръскване към кабел или сателит трябва да се извърши най-късно на 31 декември 2003 г., независимо от състоянието на развитие на цифровата телевизия [7]. Същевременно въпреки това решение възможността заварените оператори да продължат да използват честотите за наземно разпръскване за каналите, надвишаващи антитръстовата пределна стойност, отново се разширява с Декрет № 352/2003 [8] (впоследствие преобразуван в Закон № 43/2004 [9]) и със Закон Gasparri.

10. Действително Закон Gasparri разрешава на заварените оператори да използват честотите за канали, надвишаващи антитръстовата пределна стойност, като по този начин блокира разпределянето на тези честоти на новите оператори като Europa 7 до осъществяването на национален план за разпределяне на честотите за цифрова телевизия. Освен това по силата на Закон Gasparri единствено действащите оператори могат да поискат предоставянето на право да се използват честоти за цифрова телевизия. Накрая, Закон Gasparri преопределя пределната стойност от 20 %, въведена със Закон Maccanico.

11. Следователно към съответната дата някои оператори за национално телевизионно разпръскване не придобиват права за разпръскване, но все пак запазват разрешението си да продължат своята телевизионна дейност, независимо от превишаването на антитръстовата пределна стойност. Въпреки че придобива права за разпръскване, Europa 7 не може да започне излъчване, тъй като не получава необходимите честоти. Освен това понеже не е действащ оператор, Europa 7 не може да придобие права за цифрово разпръскване.

12. С изтичането на срока от 24 месеца след нотифициране на изтичането на своята лицензия за разпръскване Europa 7 сезира Tribunale Amministrativo Regionale Lazio (Областен административен съд Лацио). То иска компетентните административни органи да бъдат задължени да разпределят необходимите честоти и да

6 — GURI № 70 от 24 март 2001 г.
7 — Решение № 466/2002 от 20 ноември 2002 г.
8 — GURI № 300 от 29 декември 2003 г.
9 — GURI № 47 от 26 февруари 2004 г.

бъдат осъдени да изплатят обезщетение за претърпяната до момента вреда. При условията на евентуалност, в случай че разпределянето на честоти се окаже невъзможно, Europa 7 иска поправяне на вредата. Tribunale Amministrativo Regionale Lazio постановява, че Europa 7 не разполага със субективно право („diritto soggettivo“) да му се разпределят конкретни честоти и отхвърля иска в неговата цялост. Впоследствие Europa 7 подава въззивна жалба пред Consiglio di Stato.

13. В хода на националното производство италианските власти се позовават в своя защита на Декрет-закон № 352/2003 и на Закон Gasparri. При тази обстановка Consiglio di Stato отправя до Съда предица от въпроси:

„1) Дали член 10 от ЕКПЧ [Европейска конвенция за защита на правата на човека и основните свободи], към който препраща член 6 от Договора за създаване на Европейския съюз, гарантира външния плурализъм на информацията в сектора на телевизионното разпръскване по начин, който задължава държавите-членки да гарантират в този сектор действителен плурализъм и ефективна конкуренция, основана на антитръстова система, гарантираща в зависимост от технологичното развитие достъпа до каналите и разнообразието на операторите, като не позволява дуополните положения на пазара да се разглеждат като правомерни?

2) Дали разпоредбите на Договора за ЕО, гарантиращи свободното предоставяне на услуги и конкуренцията, съгласно тълкуването им от Комисията в тълкувателното съобщение от 29 април 2000 г. относно концесиите по общностното право изискват концесиите да се предоставят според принципи, годни да осигурят равнопоставеността и липсата на дискриминация при третирането, прозрачността, пропорционалността и спазването на правата на частните лица? Дали италианските правни разпоредби на член 3, параграф 7 от Закон № 249/1997 и на член 1 от Декрет-закон № 352 от 24 декември 2003 г., впоследствие Закон № 112/2004 (Закон Gasparri) [10] са в противоречие с посочените разпоредби и принципи на Договора, доколкото позволяват на лица, които експлоатират „надвишаващи“ антитръстовите ограничения канали за телевизионно разпръскване, да продължат да извършват дейността си без прекъсване, като по този начин изключват операторите като дружеството жалбоподател, които, макар че са титуляри на съответната концесия, получена в резултат на редовна тръжна процедура, не могат да извършват дейността — предмет на концесията, поради невъзможност да си осигурят разпределяне на честоти (поради недостатъчността или липсата на такива в резултат от продължаващата им експлоатация от титулярите на известните като надвишаващи канали)?

3) Дали член 17 от Директива 2002/20/ЕО (Директивата за разрешение) поражда

10 — Изглежда става дума за грешка: въпросният декрет-закон е плреобразуван в Закон № 43/2004 от 24 февруари 2004 г.

непосредствени последици във вътрешния правопорядък, считано от 25 юли 2003 г., и задължава държавата-членка, която е предоставила концесии за телевизионна дейност (включващи правото да се инсталират мрежи, да се предоставят електронни съобщителни услуги или правото за ползване на честотите), да съобразява тези концесии с общностната правна уредба? Включва ли това задължение необходимостта от действително разпределяне на радиочестотите, необходими за извършването на дейността?

4) Дали като предвиждат публични, прозрачни и недискриминационни процедури (член 5 от Директивата за разрешение), които се осъществяват въз основа на обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални критерии (член 9 от Директива 2002/21/ЕО [на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги] (Рамковата директива), член 9 и член 5 допускат съществуването на предвиден в националното право режим на общо разрешение (член 23, параграф 5 от Закон № 112/2004), който като позволява запазването на така наречените „надвишаващи“ канали, които не са преминали подбор чрез тръжна процедура, води до накърняване на правата, с които съгласно общностната правна уредба (член 17, параграф 2 от Директива 2002/20/ЕО от 7 март 2002 година [...]) се ползват други предприятия, които, макар и спечелили търг, се оказват възпрепятствани да извършват своята дейност?

5) Дали член 9 от Директива 2002/21/ЕО [...], член 5, параграф 2, втора алинея и член 7, параграф 3 от Директива 2002/20/ЕО [...] и член 4 от Директива 2002/77/ЕО [от 16 септември 2002 година относно конкуренцията на пазарите на електронни съобщителни мрежи и услуги] задължават държавите-членки най-късно към 25 юли 2003 г. (член 17 от Директивата за разрешение) да премахнат положение на фактическо заемане на радиочестотите (експлоатация на оборудване без концесия или разрешение, издадени след процедура по подбор) по отношение на телевизионна дейност като извършената, така че да не позволяват тази дейност да се осъществява при липсата на каквото и да е правилно планиране на радиочестотното разпръскване, въпреки всяка логика за увеличаване на плурализма и в противоречие със същите онези концесии, които държавата-членка е предоставила чрез публична процедура?

6) Можела ли е и може ли държавата-членка да се позовава на предвидената в член 5, параграф 2, втора алинея от Директива 2002/20/ЕО [...] и в член 4 от Директивата 2002/77/ЕО дерогация единствено в полза на плурализма на информацията и за гарантиране на защитата на културното или езиковото многообразие, а не в полза на лица, експлоатиращи канали, които надвишават вече предвидените в националната правна уредба антитръстови ограничения?

7) За да може да се позовава на дерогацията по член 5 от Директива 2002/20/ЕО, трябва ли държавата-членка да укаже какви са действително преследваните цели на националната дерогираща разпоредба?

8) Може ли, освен към концесионера на обществената услуга за телевизионно разпръскване (RAI в Италия), тази дерогация да се приложи и в полза на частни оператори, които не са преминали успешно процедурите по подбор, и в ущърб на предприятия, които, напротив, са получили концесия вследствие на тръжна процедура?

9) Дали съвкупността от произтичащите от първичното и вторичното общностно право правила за гарантиране на ефективна конкуренция (*workable competition*) и в сектора на пазара на телевизионно разпръскване не изисква от националния законодател да избягва поредното продължаване на предишния преходен режим [приложим към аналоговото разпръскване], съпътствал началото на наземната цифрова система, от момента, когато пре-възлагането на освободени за различна употреба честоти е възможно единствено в случай на изоставянето на наземното аналогово излъчване (и следователно общо преминаване към цифрово излъчване), докато в случая на обикновеното преминаване към цифрово наземно излъчване има риск от допълнително утежняване на проблема с липсата на налични честоти, дължащ се на аналоговото и цифрово разпръскване в едновременен режим?

10) На последно място, дали гарантираната от европейското право защита на плурализма на източниците на информация и на конкуренцията в сектора на телевизионното разпръскване е осигурена от национално законодателство като Закон № 112/2004, което предвижда ново ограничение от 20 % от ресурсите, изчислено на нова, твърде широка база (SCI, вж. член 2, буква ж) и член 15 от Закон № 112/2004), включваща и дейности, които нямат никакво въздействие върху плурализма на източниците на информация, докато според правото в областта на конкуренцията „съответният пазар“ обикновено се определя чрез разграничаване на пазарите в сектора на телевизията и чрез разграничаване дори между платената телевизия и безплатната телевизия (вж. между другото Решение на Комисията от 21 март 2000 г. за обявяване на концентрация за съвместима с общия пазар, преписка COMP/JV.37 — BSkyB/KirchPayTV, въз основа на Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета и Решение на Комисията от 2 април 2003 г. за обявяване на концентрация за съвместима с общия пазар и със Споразумението за ЕИП, преписка COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù)?“

II — Предварителни бележки относно компетентността на Съда да разглежда съответствието на националните актове с основните права

14. С първия си въпрос препращащата юрисдикция иска да се направи тълкуване на член 10 от ЕКПЧ и Съдът да изясни задълженията, които произтичат за държавите-членки по силата на правото за свобода на изразяване и на свързаното с него понятие за медиен плурализъм.

15. Спазването на свободата на изразяване е принцип, върху който се основава Европейският съюз. Това обаче не означава непременно, че Съдът е компетентен да разглежда дали държава-членка е нарушила правото на свобода на изразяване. Както Съдът многократно е постановявал, той е компетентен единствено да проверява дали националните правила, които попадат в приложното поле на общностното право, са в съответствие с основните права [11].

16. В миналото се привеждат доводи за разширяване на упражнявания от Съда контрол за съответствие на мерките на държавите-членки с основните права. В заключението си, представено по дело Konstantinidis, генерален адвокат Jacobs посочва, че по силата на общностното право всеки гражданин на държава-членка, който упражнява икономическа дейност в друга държава-членка, може да се позовава на защитата на основните си права:

„По мое мнение гражданин на Общността, който отива в друга държава-членка като заето или самостоятелно заето лице [...], има не само правото да продължи своята дейност или упражняването на професията си и да се ползва от същите условия на живот и труд като гражданите на приемащата държава; той освен това има право да му се гарантира, че където и да отиде, за да изкарва прехраната си в Общността, ще бъде третиран съгласно общ кодекс на основните ценности, и по-специално съгласно ценностите, залегнали в Европейската конвенция за правата на човека. С други думи той има право да заяви „civis europeus sum“ и да се позове на този статут, за да се противопостави на всяко нарушение на основните си права“ [12].

17. Съдът обаче не възприема това предложение. С други думи, той не приема, че всяко нарушение от страна на приемащата държава-членка на основно право на гражданин на друга държава-членка може да препятства упражняването на правото

11 — Вж. например Решение от 30 септември 1987 г. по дело Demirel (12/86, Recueil, стр. 3719), Решение от 4 октомври 1991 г. по дело Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Recueil, стр. I-4685), Решение от 29 май 1997 г. по дело Kremzow (C-299/95, Recueil, стр. I-2629) и Определение от 6 октомври 2005 г. по дело Vajnai (C-328/04, Recueil, стр. I-8577).

12 — Решение от 30 март 1993 г. (C-168/91, Recueil, стр. I-1191, точка 46).

на свободно движение. Макар че не предлагам Съдът да промени отдавна установената си в това отношение практика, мисля, че е дошъл моментът тя да бъде уточнена.

18. След приемането на Договора от Амстердам спазването на основните права е изрично юридическо условие за членство в Европейския съюз[13]. Член 6 ЕС, изменен с този договор, в момента гласи изрично, че Съюзът се основава на принципите на свободата, демокрацията и зачитането на правата на човека и основните свободи, както и на принципа на правовата държава, които са общи принципи за държавите-членки. Член 7 ЕС предвижда механизъм за санкциониране на държава-членка, когато съществува очевиден риск от тежко нарушение на тези принципи, като по този начин се потвърждава, че спазването на основните права съставлява необходимо условие за принадлежност към Европейския съюз.

19. Тези разпоредби със сигурност не целят по силата на общностното право да разширят приложното поле на основните права спрямо всяка мярка на държава-членка. Същевременно не може да се отрече, че те изразяват вътрешното убеждение, че спазването на основните права е присъщо на общностната правна система и в отсъствието му общите действия от и за европейските народи ще са безсмислени и неосъществими. В този смисъл самото съществуване на Европейския съюз се основава на спазването на основните права. Защитата на „общия кодекс“ на основните права следователно е условие за съществуването на общностния правен ред.

20. При тези условия Съдът изпълнява функцията си да бди за спазването от страна на държавите-членки на основните права като общи принципи на правото[14]. В това отношение следва да се направи разграничение между, от една страна, компетентността да се контролира дадена национална мярка в светлината на основните права и от друга страна, компетентността да се провери дали държавите-членки осигуряват необходимото равнище на защита на основните права, за да изпълнят по удовлетворителен начин останалите си задължения като членове на Съюза. Първият вид контрол все още не съществува и не попада сред настоящите правомощия на Съюза. Вторият вид контрол обаче логически произтича от естеството на процеса на европейска интеграция. Той цели да се осигури, че са гарантирани основните условия за

13 — Член 49 ЕС.

14 — Вж. например Решение от 18 юни 1991 г. по дело ERT (C-260/89, Recueil, стр. I-2925), Решение от 11 юли 2002 г. по дело Carpenter (C-60/00, Recueil, стр. I-6279) и Решение от 16 юни 2005 г. по дело Pupino (C-105/03, Recueil, стр. I-5285). Квалифицирането на основните права от Съда като „неразделна част от общите принципи на правото, за чието спазване следи Съдът“, датира от Решение от 17 декември 1970 г. по дело Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Recueil, стр. 1125, точка 4); Решение от 14 май 1974 г. по дело Nold/Комисия (4/73, Recueil, стр. 491, точка 13) и Решение от 13 декември 1979 г. по дело Hauer (44/79, Recueil, стр. 3727, точка 15). За точност следва да се отбележи, че последните три дела се отнасят до задължението на общностните институции да спазват основните права.

доброто функциониране на общностния правен ред и за ефективното упражняване на редица права, предоставени на гражданите на Съюза. Въпреки че степента на защита на основните права на национално равнище не трябва непременно да бъде същата като степента им на защита на равнището на Европейския съюз, следва да съществува определена еквивалентност, за да се гарантира, че общностното право може ефективно да се прилага в националния правен ред.

21. На пръв поглед сценарият може да изглежда малко вероятен, но не отхвърлям поначало идеята за възможността в определена държава-членка да се извърши тежко и трайно нарушаване на основните права, което да я постави в невъзможност да изпълнява редица свои общностни задължения и реално да ограничи възможността частните лица да се ползват напълно от правата, които им предоставя общностното право. Трудно би било например да си представим, че граждани на Съюза упражняват правото си на свободно движение в държава-членка, в която защитата на основните права се отличава със структурни недостатъци. Такива недостатъци фактически биха били равносилни на нарушение на правилата за свободно движение.

22. Според мен не всяко нарушение на основните права по смисъла на член 6, параграф 2 ЕС само по себе си съставлява нарушение на правилата за свободно движение. Единствено тежките и трайни нарушения, които подчертават проблем от системно естество в защитата на основните права на въпросната държава-членка, по мое мнение биха съставлявали нарушения на правилата за свободното движение поради пряката заплаха, която биха създали за трансграничното измерение на европейското гражданство и за целостта на общностния правен ред. Все пак, докато защитата на основните права в държава-членка не страда от тежки недостатъци по смисъла на посочените по-горе критерии, мисля, че Съдът би трябвало да проверява съответствието на националните мерки с основните права единствено когато тези мерки попадат в определеното от настоящата му практика приложно поле на неговата компетентност [15].

23. Що се отнася до настоящото дело, предлагам Съдът да остане верен на обичайния си подход. Това не означава, че първият въпрос, поставен от юрисдикцията относно правото на свобода на изразяване, е неотносим. Както ще видим, относимостта все пак е второстепенна спрямо установяването дали е налице ограничаване на свободното движение.

III — Преформулиране на преюдициалните въпроси

24. Това ни води до останалите въпроси, поставени от националната юрисдикция.

15 — Вж. по-специално Решение от 13 юли 1989 г. по дело Wachauf (5/88, Recueil, стр. 2609), Решение по дело ERT, посочено по-горе в бележка под линия 14, Решение от 25 март 2004 г. по дело Karner (C-71/02, Recueil, стр. I-3025) и Решение по дело Pupino, посочено по-горе в бележка под линия 14.

За съжаление формулировката им е проблематична в няколко отношения. Най-напред препращащата юрисдикция иска по същество от Съда да прецени съвместимостта на национално законодателство с общностното право. По силата на процедурата за преюдициално запитване обаче това не е задължение на Съда. Неговата роля се свежда до предоставяне на тълкуване на относимите разпоредби на общностното право. Задължение на препращащата юрисдикция е да определи дали националното право е в съответствие с тези разпоредби [16].

25. Освен това е необходимо да се ограничи обхватът на преюдициалното запитване, отправено от препращащата юрисдикция. Въпросите, поставени от Consiglio di Stato, се отнасят до различни аспекти на италианското законодателство. Би било нецелесъобразно обаче Съдът да разглежда въпроси на общностното право, които не са необходими за разрешаването на спора по главното производство. Съдът постановява, че такива въпроси са недопустими [17]. В съответствие с тази съдебна практика няма да разглеждам въпросите на препращащата юрисдикция относно критериите за допустимост за придобиване на права за цифрово телевизионно разпръскване и относно новото определяне на пазара на разпръскване по силата на Закон Gasparri.

26. Друга част от преюдициалното запитване е недопустима по различна причина. В рамките на преюдициалното производство е важно препращащата юрисдикция да определи фактическите обстоятелства, свързани с въпросите, които поставя, за да може Съдът да даде полезно тълкуване на относимите разпоредби на общностното право [18]. Както Съдът постановява в Решение по дело Telemarsicabruzzo, това се отнася „най-вече до областта на конкуренцията, която се отличава със сложни фактически и правни положения“ [19].

27. Изглежда, че като иска тълкуване на свързаните с конкуренцията правила на Договора във втория въпрос, препращащата юрисдикция основно има предвид член 86, параграф 1 ЕО във връзка с член 82 ЕО. Съгласно практиката на Съда държава-членка нарушава забраните, уредени в посочените две разпоредби, когато се оказва, че разглежданото предприятие „е принудено при самото упражняване на предоставените му специални или изключителни права да злоупотребява с господстващото си положение, или когато тези права могат да създадат положение, при което същото предприятие да бъде принудено да извършва подобна злоупотреба“ [20]. Актът за препращане

16 — Вж. например Решение от 9 септември 2003 г. по дело Jaeger (C-151/02, Recueil, стр. I-8389, точка 43) и Решение от 23 март 2006 г. по дело Enirisorse (C-237/04, Recueil, стр. I-2843, точка 24).

17 — Вж. в това отношение Решение от 3 февруари 1983 г. по дело Robards (149/82, Recueil, стр. 171, точка 19), Решение от 16 юли 1992 по дело Meilicke (C-83/91, Recueil, стр. I-4871, точка 25) и Решение от 21 март 2002 г. по дело Cura Anlagen (C-451/99, Recueil, стр. I-3193, точка 26).

18 — Вж. например Решение от 13 юли 2006 г. по дело Manfredi и др. (C-295/04—C-298/04, Recueil, стр. I-6619, точка 27) и Решение от 14 септември 2006 г. по дело Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-138/05, Recueil, стр. I-8339, точка 30).

19 — Решение от 26 януари 1993 г. (C-320/90—C-322/90, Recueil, стр. I-393, точка 7). Вж. също Решение от 13 март 2001 г. по дело PreussenElektra (C-379/98, Recueil, стр. I-2099, точка 39), Решение от 15 юни 2006 г. по дело Acereda Herrera (C-466/04, Recueil, стр. I-5341, точка 48) и Решение от 5 декември 2006 г. по дело Cipolla и др. (C-94/04 и C-202/04, Recueil, стр. I-11421, точка 25).

20 — Вж. например Решение от 12 септември 2000 г. по дело Pavlov и др. (C-180/98—C-184/98, Recueil, стр. I-6451, точка 127), Решение от 25 октомври 2001 г. по дело Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, стр. I-8089, точка 39) и Решение от 30 март 2006 г. по дело Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Recueil, стр. I-294, точка 23).

обаче не съдържа никакви сведения по-специално за определянето на съответния пазар, за изчисляването на пазарните дялове на различните предприятия с дейност на посочения пазар и за предполагаемата злоупотреба с господстващо положение. При тези обстоятелства запитването на препращащата юрисдикция относно разпоредбите на Договора във връзка с конкуренцията трябва да се приеме за недопустимо [21].

28. Доколкото преюдициалното запитване е допустимо, то основно се отнася до следния общ въпрос: „Препятства ли общностното право национално законодателство, което позволява на заварените доставчици на услуги за национално телевизионно разпръскване да продължат да излъчват на радиочестоти, като по този начин блокират предоставянето на тези честоти на разположение на новонавлезли предприятия, които са придобили правото да предоставят същите услуги?“ Ще разгледам този въпрос от гледна точка на член 49 ЕО [22] и общата регулаторна рамка на електронните съобщителни услуги [23].

29. Може да се твърди, че преформулираното по този начин преюдициално запитване се сблъсква с препятствието на недопустимостта, доколкото става дума за член 49 ЕО, тъй като обстоятелствата по главното производство се отнасят изцяло до вътрешно положение. Този довод обаче не е убедителен.

30. В Решение по дело Guimont [24] и в Решение по дело Anomar [25] и др. Съдът е приел за допустими поставени от националната юрисдикция въпроси относно правилата на Договора, свързани със свободното движение, макар да са повдигнати по случай, който изобщо не се отличава с трансграничен елемент. Също така по дело Cipolla и др., обстоятелствата по което се ограничават до Италия, Съдът постановява, че „отговорът може все пак да бъде полезен на препращащата юрисдикция, най-вече в хипотезата, при която в производство като настоящото националното право налага италиански гражданин да се ползва със същите права, които гражданин на друга държава-членка, различна от Италианската република, би получил в същото положение съгласно общностното право“ [26]. Според мен този подход е обоснован предвид духа на сътрудничество между националните юрисдикции и Съда и необходимостта прилагането на националното във връзка с общностното право да не доведе до неблагоприятно третиране от страна

21 — Вж. също например Решение от 17 февруари 2005 г. по дело Viacom Outdoor (C-134/03, Recueil, стр. I-1167, точки 25—29).

22 — Може да се твърди, че член 43 ЕО също е относим. Не смятам обаче за необходимо настоящото дело да се разглежда от гледна точка на член 43 ЕО и на член 49 ЕО, тъй като според мен и в двата случая се стига до същия резултат.

23 — Директива 2002/19/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно достъпа до електронни съобщителни мрежи и тяхната инфраструктура и взаимосвързаността между тях (Директива за достъпа) (ОВ L 108, 2002 г., стр. 7; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 169) и Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (Рамкова директива) (ОВ L 108, 2002 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 195). Вж. също Директива 2002/20/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно разрешението на електронните съобщителни мрежи и услуги (Директива за разрешение) (ОВ L 108, 2002 г., стр. 21; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 183).

24 — Решение от 5 декември 2000 г. (C-448/98, Recueil, стр. I-10663, точки 22 и 23).

25 — Решение от 11 септември 2003 г. (C-6/01, Recueil, стр. I-8621, точки 39—41).

26 — Посочено по-горе в бележка под линия 19 дело, точка 30. Вж. също Решение по дело Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, посочено по-горе в бележка под линия 20, точка 29. Съдът възприема в основни линии същия подход в Решение от 13 януари 2000 г. по дело TK-Heimdienst (C-254/98, Recueil, стр. I-151).

на държава-членка на собствените ѝ граждани [27]. В настоящия случай Съдът следователно трябва да предостави тълкуване и на член 49 ЕО.

IV — Анализ

31. Държавите-членки изобщо нямат задължение по силата на Договора да приватизират определени пазарни сектори. По принцип Договорът им позволява да запазват държавни монополи или публична собственост в определени дружества [28]. Това обаче не им дава правото да ограничават избирателно достъпа на операторите до някои сектори на пазара, след като същите са приватизирани [29].

32. Следователно общностното право обичайно не предоставя на операторите правото да упражняват дейността си в конкретен сектор. Договорът обаче забранява ограниченията, които биха направили достъпа до националния пазар по-труден за операторите от другите държави-членки, отколкото за националните оператори [30]. По силата на правилата за свободно движение мерките на държава-членка, които имат или биха могли да имат такива последици, е възможно да бъдат запазени единствено ако са подходящи и необходими за преследването на легитимен обществен интерес и ако разликата в третирането между националните оператори и операторите от другите държави-членки е пропорционална на обективните различия, които съществуват между тези оператори [31].

33. Националните мерки, които ограничават броя на операторите в определен пазарен сектор, могат да възпрепятстват свободното движение, тъй като са свързани с опасност от вкостеняване на структурите на националния пазар и от защита на позицията на оператори, които са завоювали твърдо положение в него. Такива освен това могат да бъдат и националните оператори. Ограниченията относно броя на операторите в сектор от националния пазар следователно трябва да бъдат обосновани.

34. Както се вижда от Решение по дело Placanica и др., лицензионна схема, която ограничава броя на операторите в рамките на националната територия, може да се

27 — Вж. също точки 121—154 от заключението на генерален адвокат Sharpston по дело Gouvernement de la Communauté française и Gouvernement wallon (C-212/06), висящо пред Съда, както и моето заключение, представено по дело Carbonati Apuani (Решение от 9 септември 2004 г. по дело C-72/03, Recueil, стр. I-8027, точки 61—63).

28 — Вж. член 31 ЕО и член 86, параграф 1 ЕО, както например и Решение от 23 октомври 1997 г. по дело Franzén (C-189/95, Recueil, стр. I-5909), Решение от 21 септември 1999 г. по дела Läärä и др. (C-124/97, Recueil, стр. I-6067) и Решение от 5 юни 2007 г. по дело Rosengren и др. (C-170/04, Recueil, стр. I-4071).

29 — Вж. точка 26 от моето заключение, представено на 7 септември 2006 г. по дело Federconsumatori и др. (C-463/04 и C-464/04, Recueil, стр. I-10419).

30 — Вж. например Решение от 8 септември 2005 г. по дело Mobistar и Belgacom Mobile (C-544/03 и C-545/03, Recueil, стр. I-7723, точки 31—33).

31 — Вж. например Решение от 11 декември 2003 г. по дело Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, стр. I-14887) и Решение от 28 септември 2006 г. по дело Ahokainen и Leppik (C-434/04, Recueil, стр. I-9171).

обоснове със съображения от обществен интерес [32]. Следователно по силата на член 49 ЕО по принцип е възможно да бъде допуснато национално ограничение на общия брой оператори в определен сектор от пазара. Това обаче би изисквало не само легитимно основание за ограничаването на броя оператори, а също и процедура за подбор, която изключва произволната дискриминация, като осигурява достатъчни гаранции, че правото е предоставено на съответния оператор въз основа на обективни критерии. По тази причина, когато държава-членка предоставя такова право, тя трябва да направи това по силата на прозрачна и недискриминационна процедура. Целта на това изискване е да се гарантира, че операторите от цялата Общност имат едни и същи възможности за достъп до която и да е част от вътрешния пазар.

35. Същите разсъждения са в основата на общностните правила относно процедурите за обществени поръчки и концесии. Тези процедури се уреждат от принципите на прозрачност и на недопускане на дискриминация. В някои области вторичното право подплътява тези принципи и определя конкретни правила относно обществените поръчки [33]. Дори за договорите, които не попадат в приложното поле на хармонизираните правила обаче, Съдът приема, че по силата на първичното право на Общността държавите-членки трябва да спазват принципите на прозрачност и на недопускане на дискриминация [34].

36. Същото важи и когато държава-членка дава на ограничен брой частни оператори правото да предоставят услуги за национално телевизионно разпръскване посредством радиочестоти. Възможно е държавите да искат да ограничат достъпа до конкретен пазар, като по този начин възпрепятстват свободното предоставяне на услуги. Това ограничаване може да се обоснове по съображения за обществена политика, ако е подходящо и необходимо за намаляване на опасността от вредни радиосмущения и стига да не е резултат от произволна дискриминация. Следователно по силата на член 49 ЕО тръжната процедура, която цели разпределянето на права за предоставяне на услуги за национално телевизионно разпръскване, трябва да е в съответствие с принципа за недопускане на дискриминацията и с произтичащото от него задължение за прозрачност.

37. Тези принципи заемат важно място и в общата регулаторна рамка за

32 — Решение от 6 март 2007 г. (C-338/04, C-359/04 и C-360/04, Сборник, стр. I-1891, точка 53). Вж. също постановеното от Съда на ЕАСТ на 30 май 2007 г. Решение по дело Ladbrokes, E-3/06, точки 40—48.

33 — Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3), последно изменена с Директива 2006/97; Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116), последно изменена с Директива 2006/97/ЕО на Съвета от 20 ноември 2006 година за адаптиране на някои директиви в областта на свободното движение на стоки поради присъединяването на България и Румъния (ОВ L 363, стр. 107; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 10, стр. 172).

34 — Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точка 62), Решение от 21 юли 2005 г., по дело Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287, точка 17), Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точки 48 и 49) и Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка точка 21). Вж. също тълкувателно съобщение на Комисията от 23 юни 2006 г. относно приложимото общностно право при възлагането на поръчки, за които директивите за обществените поръчки се прилагат частично или не се прилагат (ОВ C 179, стр. 2).

електронните съобщителни мрежи и услуги [35]. Общата рамка, която държавите-членки са били длъжни да транспонират в националното право най-късно до 25 юли 2003 г. , предвижда правила за управление на радиочестотите и процедура за ограничаване на правата за използването им. Член 9, параграф 1 от Рамковата директива гласи, че „[д]ържавите-членки гарантират ефективното управление на радиочестотите [...]. Те следят разпределянето и предоставянето на такива радиочестоти от националните регулаторни органи да се основава на обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални критерии“. Също и член 7, параграф 3 от Директивата за разрешение гласи, че „[к]огато се налага ограничаване на правата за ползване на радиочестоти, държавите-членки ги предоставят на основата на критерии за подбор, които трябва да бъдат обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални“. Следователно общата регулаторна рамка се развива въз основа на принципи, произтичащи от Договора.

38. Спазването на тези принципи естествено е свързано с пълното прилагане от държавите-членки на решението да се предоставят експлоатационни лицензии на операторите, избрани чрез прозрачни и недискриминационни процедури. Ако държава-членка не спазва взетото в резултат от тези процедури решение и позволи вместо това на заварените оператори безсрочно да заемат пазара, като по тази начин препятства прилагането на правилата за свободното движение, би била осуетена самата цел на тези процедури. Както Комисията отбелязва основателно в съобщението си относно концесиите, „спазването на принципа за равно третиране изисква не само да бъдат определени недискриминационни условия за достъп до икономическа дейност, а и публичноправните органи да вземат всички мерки, които могат да гарантират упражняването на тази дейност“ [36] [неофициален превод]. Следователно, що се отнася до разпределянето на лицензии за национално телевизионно разпръскване на частни оператори, общностното право изисква установяването на прозрачни и недискриминационни процедури за подбор и освен това да се осигури пълното действие на резултатите от тях.

39. В положение като разглежданото в главното производство, при което тръжната процедура за разпределяне на правата за разпръскване цели да гарантира медийния плурализъм, е още по-наложително тези изисквания да бъдат удовлетворени. Ролята на редактори на обществената сфера [37], която медиите играят често, е жизненоважна за насърчаването и защитата на отворено общество, което благоприятства включването и в което се представят и обсъждат различни идеи от общ интерес. В това отношение Европейският съд по правата на човека подчертава основната роля на свободата на изразяване в демократичното общество, по-специално когато тя служи за разпространяването на информация и идеи в

35 — Вж. бележка под линия 22.

36 — Тълкувателно съобщение на Комисията относно концесиите по общностното право (ОВ C 121, 2000 г., стр. 2)

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

обществото и когато „подобно начинание не би могло да се увенчае с успех, освен ако се основава на плурализма, чийто краен гарант е държавата“ [38]. Ето защо прилагането на общностното право в областта на услугите за национално телевизионно разпръскване се направлява от принципа на плурализма и освен това придобива особено значение, когато утвърждава защитата на този принцип [39].

40. Оттук произтича, че националните юрисдикции, които са задължени да следят за ефективното прилагане на общностното право, трябва старателно да разглеждат сочените от държава-членка основания за забавяне на разпределянето на честоти на оператор, получил права за национално телевизионно разпръскване след тръжна процедура, и при необходимост да осигурят подходящи способи за защита, с които да гарантират, че тези права няма да останат илюзорни.

41. Правилата и условията относно правото да се иска обезщетение пред националните юрисдикции по принцип се уреждат от националното право [40]. Следва да се подчертае обаче, че когато националните правила не предлагат ефективни способи за защита, общностното право изисква от националните юрисдикции да осигурят такива способи за защита, за да се избегне положение, при което „пълната ефикасност на общностните норми би била поставена под съмнение, а защитата на признатите от тях права би била отслабена“ [41].

42. В писменото си становище Комисията посочва, че следва да се вземат предвид оправданите правни очаквания и правото на собственост на заварените оператори. Въз основа на данните по настоящото дело, предоставени на Съда, не е възможно този въпрос да се разгледа подробно. Споделям становището, че в приложение на общностното право принципът на оправданите правни очаквания и правото на собственост трябва да се спазват като общи принципи на правото. Макар да е възможно спазването на тези принципи да изисква държавата да обезщетява заварените оператори, то при все това не обосновава непременно запазването на положение, при което правата на новонавлезлите предприятия стават неефективни поради установените права на заварените оператори [42].

38 — Вж. ЕСПЧ, Решение по дело Informationsverein Lentia и др. с/у Австрия, серия A, № 276, § 38.

39 — В това отношение настоящото дело ясно се отличава от Решение от 25 юли 1991 г. , постановено по дело Комисия/Нидерландия (C-353/89, Recueil, стр. I-4069), по което защитата на принципа на плурализма се изтъква, за да се дерогират правилата за свободното движение, тъй като в противен случай, както се твърди, прилагането им би осуетило усилията да се гарантира медийният плурализъм, вместо да ги утвърди. Вж. също Решение от 26 юни 1997 г. по дело Familiapress (C-368/95, Recueil, стр. I-3689).

40 — Решение от 14 декември 1995 г. по дело van Schijndel и van Veen (C-430/93 и C-431/93, Recueil, стр. I-4705, точка 17).

41 — Решение от 19 ноември 1991 г. по дело Francovich и др. (C-6/90 и C-9/90, Recueil, стр. I-5357, точка 33). Вж. също Решение от 19 юни 1990 г. по дело Factortame и др. (C-213/89, Recueil, стр. I-2433, точка 21) и Решение от 2 август 1993 г. по дело Marshall (C-271/91, Recueil, стр. I-4367, точки 22, 30 и 31).

42 — Вж. в същия смисъл Решение от 18 юли 2007 г. по дело Комисия/Германия (C-503/04, Сборник, стр. I-6153).

V — Заключение

43. По изложените по-горе съображения считам, че на поставените от Consiglio di Stato въпроси следва да се отговори по следния начин:

„Член 49 ЕО изисква разпределянето на ограничен брой лицензии за национално телевизионно разпръскване на частни оператори да се извършва чрез прозрачна и недискриминационна процедура за подбор, като освен това се осигури пълното действие на резултатите от нея.

Националните юрисдикции трябва старателно да разглеждат сочените от държава-членка основания за забавяне на разпределянето на честоти на оператор, получил права за национално телевизионно разпръскване след тръжна процедура, и при необходимост да осигурят подходящи способи за защита, с които да гарантират, че тези права няма да останат илюзорни“.