Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 30 marca 2017 r.[1]

Sprawa C-560/15

Europa Way Srl i
Persidera SpA
przeciwko
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni i in.

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Sieci i usługi łączności elektronicznej – Dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/77/WE – Proces przejścia z telewizji analogowej na cyfrową – Przyznanie operatorom sieci częstotliwości cyfrowych – Nowe częstotliwości cyfrowe („dywidenda cyfrowa") – Unieważnienie będącego w toku postępowania w sprawie przydziału i zastąpienie go nowym postępowaniem odpłatnego przetargu z licytacją – Obowiązek uprzedniego przeprowadzenia konsultacji publicznych – Niezależny krajowy organ regulacyjny – Ingerencja prawodawcy krajowego w postępowanie toczące się przed organem regulacyjnym

I. Wprowadzenie

1. Proces przejścia z telewizji analogowej na cyfrową był technologicznym skokiem jakościowym, który został dokonany w większości europejskich gospodarstw domowych bez większych trudności. Natomiast nie tak łatwy był dla operatorów sieci gdzieniegdzie wymiar prawny tego przejścia. W szczególności we Włoszech sytuacja z punktu widzenia prawa Unii dawała wielokrotnie powody do wysuwania zastrzeżeń odnośnie do pluralizmu mediów i konkurencji na rynku telewizyjnym – zastrzeżeń, które już doprowadziły do postępowania przeciwko Republice Włoch[2] w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego i do wydania przez Trybunał wyroku w trybie prejudycjalnym[3].

2. W niniejszej sprawie nie chodzi o przydzielenie *wszystkich* pozostających do przyznania przy przejściu z telewizji analogowej na cyfrową częstotliwości, lecz tylko o podział tych częstotliwości, które zostały udostępnione w oparciu o postęp technologiczny i nie były uprzednio zarezerwowane dla działających na rynku operatorów sieci. Dwaj włoscy operatorzy sieci, Europa Way i Persidera[4],

1 Język oryginału: niemiecki.

2 Postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nr 2005/5086 (zob. komunikaty prasowe Komisji nr IP/06/1019 z dnia 19 lipca 2006 r. i IP/07/1114 z dnia 18 lipca 2007 r.); postępowanie to, w ramach którego Komisja w lipcu 2007 r. wystosowała uzasadnioną opinię w rozumieniu art. 258 ust. 1 TFUE (dawniej art. 226 ust. 1 WE), do dnia dzisiejszego nie zostało zakończone.

3 Wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

4 Persidera jest następczynią prawną Telecom Italia Media Broadcasting (TIMB). Przed ostatecznym przekształceniem w telewizję cyfrową TIMB prowadziła we Włoszech dwa analogowe („La 7" i „MTV") oraz dwa cyfrowe („TIMB1" i „MBONE") kanały telewizyjne.

dochodzą przed sądem tego, by krajowe postępowanie w sprawie podziału tej „dywidendy cyfrowej” [5] najpierw zostało zawieszone w oparciu o zarządzenie włoskiego ministerstwa rozwoju gospodarczego [6], następnie zostało uznane przez włoskiego prawodawcę za nieważne i wreszcie zostało przeprowadzone od nowa na zasadniczo zmienionych warunkach.

3. Do Trybunału zwrócono się zatem o wyjaśnienie w przedmiocie kwestii, czy i w jakim stopniu wskutek tych procedur doszło do ingerencji w kompetencje i niezależność włoskiego krajowego organu regulacyjnego – Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni [7] (AGCOM). Wyjaśnienia wymaga ponadto, czy nowa odpłatna procedura przydziału odpowiada wymogom prawa Unii oraz czy wśród zainteresowanych przedsiębiorstw powstało w oparciu o pierwszą, niedokończoną procedurę uzasadnione oczekiwanie odnośnie do określonego jej wyniku, które zostało zawiedzione w efekcie ingerencji ministerstwa i prawodawcy.

4. Miarodajne dla oceny tej problematyki są obowiązujące od 2002 r. „nowe wspólne ramy regulacyjne”, będące zbiorem wielu dyrektyw prawodawcy unijnego, a także ogólne zasady prawa Unii.

5. Niniejsze postępowanie w sprawie C-560/15 jest ściśle powiązane z postępowaniem prejudycjalnym w sprawie C-112/16, w ramach którego dzisiaj również przedkładam moją opinię. Podniesione tam kwestie prawne dotyczą wprawdzie zasadniczo tych samych przepisów i zasad prawa Unii, nie dotyczą jednak dywidendy cyfrowej i wyraźnie poruszają także inne problemy prawne.

II. Ramy prawne

6. Ramy prawa Unii w tej sprawie określają trzy dyrektywy z 2002 roku w sprawie sieci i usług łączności elektronicznej, które łącznie składają się na „nowe ramy regulacyjne, wspólne dla usług łączności elektronicznej, sieci łączności elektronicznej oraz dla urządzeń i usług towarzyszących”: dyrektywa ramowa (dyrektywa 2002/21/WE) [8], dyrektywa o zezwoleniach (dyrektywa 2002/20/WE) [9] oraz dyrektywa w sprawie konkurencji (dyrektywa 2002/77/WE) [10]. Pierwsze dwie z wymienionych powyżej dyrektyw obowiązują w brzmieniu nadanym im dyrektywą 2009/140/WE.

A. Dyrektywa ramowa (dyrektywa 2002/21)

7. Na wstępie należy wskazać na motywy 6 i 21 dyrektywy 2002/21, których fragmenty mają następujące brzmienie:

„(6) Polityka audiowizualna oraz uregulowania prawne dotyczące treści programów będą wprowadzane przy uwzględnieniu ogólnych interesów, takich jak wolność słowa, pluralizm mediów, bezstronność, różnorodność kulturowa i lingwistyczna, społeczna asymilacja, ochrona konsumenta oraz małoletnich […].

5 Odnośnie do pojęcia „cyfrowej dywidendy” zobacz motyw 26 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającej dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. 2009, L 337, s. 37; sprostowanie Dz.U. 2013, L 241, s. 8); por. także pkt 1 Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 13 listopada 2007 r., „Pełne wykorzystanie potencjału dywidendy cyfrowej w Europie: wspólne podejście do zagospodarowania zakresów częstotliwości zwolnionych w wyniku przejścia na nadawanie cyfrowe”, COM(2007) 700 wersja ostateczna.

6 Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

7 Organu regulacji komunikacji.

8 Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa, Dz.U. 2002, L 108, s. 33).

9 Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach, Dz.U. 2002, L 108, s. 21).

10 Dyrektywa Komisji 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa w sprawie konkurencji, Dz.U. 2002, L 249, s. 21).

[…]

(21) Podczas przydzielania częstotliwości radiowych, jak również numerów o szczególnym znaczeniu gospodarczym, państwa członkowskie między innymi mogą stosować procedury selekcji zgodnie z zasadami konkurencji […]".

8. Ponadto uzupełniająco należy wskazać na motyw 13 dyrektywy 2009/140, która zmieniła między innymi dyrektywę 2002/21. Motyw ów ma następujące brzmienie:

„(13) Należy zwiększyć niezależność krajowych organów regulacyjnych tak, aby zapewnić skuteczniejsze stosowanie przez nie ram regulacyjnych oraz zwiększyć ich uprawnienia i przewidywalność ich decyzji. W tym celu należy wprowadzić do prawa krajowego wyraźne przepisy zapewniające, aby krajowy organ regulacyjny, który odpowiada za regulację rynku ex ante lub rozstrzyganie sporów między przedsiębiorcami, był chroniony podczas wykonywania swoich zadań przed ingerencją zewnętrzną lub naciskami politycznymi, które mogłyby zagrozić niezależności wydawanych przez niego ocen w sprawach, którymi się zajmuje. Takie zewnętrzne wpływy powodują, że krajowy organ ustawodawczy nie jest odpowiedni [krajowe organy prawodawcze są nieodpowiednie] do pełnienia roli [funkcji] krajowego organu regulacyjnego w zakresie ram regulacyjnych [prawnych] […]".

9. Zgodnie z definicją z art. 2 lit. g) dyrektywy 2002/21 dla celów tej dyrektywy:

„»krajowy organ regulacyjny« oznacza organ lub organy, którym dane państwo członkowskie powierzyło funkcje regulacyjne w ramach niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych".

10. Artykuł 3 dyrektywy 2002/21, noszący tytuł „Krajowe organy regulacyjne", ma następujące brzmienie:

„1. Państwa członkowskie zapewnią, by zadania przydzielone krajowym organom regulacyjnym na mocy postanowień niniejszej dyrektywy oraz dyrektyw szczegółowych były realizowane przez uprawnione organy.

2. Państwa członkowskie zagwarantują niezależność krajowych organów regulacyjnych […].

3. Państwa członkowskie zapewniają, aby krajowe organy regulacyjne wykonywały swoje uprawnienia w sposób bezstronny, przejrzysty i terminowy. Państwa członkowskie zapewniają, aby krajowe organy regulacyjne posiadały wystarczające zasoby finansowe i ludzkie do wykonywania przydzielonych im zadań.

3a. Bez uszczerbku dla przepisów ust. 4 i 5 krajowe organy regulacyjne odpowiedzialne za regulację rynku ex ante lub rozstrzyganie sporów między przedsiębiorstwami zgodnie z art. 20 lub 21 niniejszej dyrektywy działają niezależnie i nie występują o instrukcje do żadnego innego podmiotu ani nie przyjmują takich instrukcji w związku z wykonywaniem tych zadań, przydzielonych im na podstawie prawa krajowego wdrażającego prawo wspólnotowe. Nie wyklucza to nadzoru zgodnie z krajowym prawem konstytucyjnym. Decyzje krajowych organów regulacyjnych mogą zostać zawieszone lub uchylone wyłącznie przez organy odwoławcze ustanowione zgodnie z art. 4.

[…]".

11. Artykuł 6 dyrektywy 2002/21, zatytułowany „Mechanizm konsultacji oraz zapewniania przejrzystości”, stanowi:

„Z wyjątkiem sytuacji objętych art. 7 ust. 9, art. 20 lub art. 21 państwa członkowskie zapewniają, aby krajowe organy regulacyjne, które zamierzają podjąć środki zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych lub zamierzają wprowadzić ograniczenia zgodnie z art. 9 ust. 3 i art. 9 ust. 4, które mają znaczący wpływ na odnośny rynek, umożliwiły zainteresowanym stronom [podmiotom] wypowiedzenie się w rozsądnym terminie w kwestii proponowanych środków.

Krajowe organy regulacyjne ogłaszają krajowe procedury konsultacyjne.

Państwa członkowskie zapewniają, aby utworzono jeden punkt informacyjny, który będzie umożliwiał dostęp do wszystkich bieżących konsultacji.

Krajowy organ regulacyjny podaje do wiadomości publicznej wyniki procedur konsultacyjnych, z wyjątkiem przypadków dotyczących informacji, które zgodnie z przepisami prawa wspólnotowego i krajowego o tajemnicy handlowej są informacjami poufnymi”.

12. Artykuł 8 dyrektywy 2002/21, zatytułowany „Cele prowadzonej polityki oraz zasady prawne”, w art. 8 ust. 1 i 2 stanowi między innymi:

„1. Państwa członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne, wypełniając swoje zadania wynikające z postanowień niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych, podejmowały stosowne środki zmierzające do realizacji celów określonych w ust. 2, 3 oraz 4. Takie środki winny być proporcjonalne do celów, jakie mają zostać osiągnięte.

[…]

2. Krajowe organy regulacyjne będą wspierać konkurencję w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń towarzyszących i usług, m.in.:

[…]

b) zapewniając, aby nie było zakłóceń lub ograniczeń konkurencji w sektorze łączności elektronicznej, w tym w dziedzinie transmisji treści;

[…]

d) wspierając skuteczne wykorzystywanie oraz zarządzanie radiowymi częstotliwościami i zasobami numeracyjnymi”.

13. Wreszcie art. 9 dyrektywy 2002/21 zawiera poniższe regulacje dotyczące „[z]arządzani[a] częstotliwościami radiowymi do celów świadczenia usług łączności elektronicznej”:

„1. W należytym stopniu uwzględniając fakt, że częstotliwości radiowe są dobrem publicznym, które ma istotną wartość społeczną, kulturalną i ekonomiczną, państwa członkowskie zapewniają efektywne zarządzanie częstotliwościami radiowymi do celów świadczenia usług łączności elektronicznej na ich terytorium zgodnie z art. 8 i 8a. Zapewniają także, aby przydział widma na użytek usług łączności elektronicznej i wydawanie zezwoleń ogólnych lub indywidualnych praw do użytkowania takich częstotliwości radiowych przez właściwe organy krajowe odbywały się według obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych kryteriów.

Stosując ten artykuł, państwa członkowskie przestrzegają odpowiednich umów międzynarodowych, w tym regulacji radiowych ITU, oraz mogą brać pod uwagę względy polityki publicznej.

[…]

3. O ile przepisy akapitu drugiego nie stanowią inaczej, państwa członkowskie zapewniają, aby wszystkie rodzaje technologii wykorzystywane w usługach łączności elektronicznej mogły być stosowane w pasmach częstotliwości radiowych, uznanych w krajowym planie przeznaczenia częstotliwości za dostępne dla usług łączności elektronicznej zgodnie z prawem wspólnotowym. Państwa członkowskie mogą jednak ustanowić proporcjonalne i niedyskryminacyjne ograniczenia określonych rodzajów użytkowanych sieci radiowych lub technologii dostępu bezprzewodowego wykorzystywanych w usługach łączności elektronicznej, w przypadku gdy jest to uzasadnione koniecznością:

a) uniknięcia szkodliwych zakłóceń;

[…]

e) zagwarantowania efektywnego wykorzystania widma; lub

f) zapewnienia realizacji celu leżącego w interesie ogólnym zgodnie z ust. 4.

4. O ile przepisy akapitu drugiego nie stanowią inaczej, państwa członkowskie zapewniają, aby wszystkie rodzaje usług łączności elektronicznej mogły być stosowane w pasmach częstotliwości radiowych, uznanych w krajowym planie przeznaczenia częstotliwości za dostępne dla usług łączności elektronicznej zgodnie z prawem wspólnotowym. Państwa członkowskie mogą jednak ustanowić proporcjonalne i niedyskryminacyjne ograniczenia rodzajów świadczonych usług łączności elektronicznej, w tym w razie konieczności w celu spełnienia wymogu ustanowionego w regulacjach radiowych ITU.

[…]”.

B. Dyrektywa o zezwoleniach (dyrektywa 2002/20)

14. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2002/20 zawiera następujące regulacje odnośnie do „[o]gólne[go] zezwoleni[a] na sieci i usługi łączności elektronicznej”:

„Państwa członkowskie powinny zapewnić swobodę w zakresie dostępu do sieci i świadczenia usług łączności elektronicznej, na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie […].

15. W art. 5 dyrektywy 2002/20 zawarte zostały między innymi poniższe regulacje dotyczące „[p]raw[a] użytkowania częstotliwości radiowych i numerów”:

„1. Państwa członkowskie ułatwiają korzystanie z częstotliwości radiowych na podstawie ogólnych zezwoleń. W razie potrzeby państwa członkowskie mogą przyznać indywidualne prawa w celu:

– uniknięcia szkodliwych zakłóceń,

– zapewnienia jakości technicznej usługi,

– zagwarantowania efektywnego wykorzystania widma, lub

– realizacji innych celów leżących w interesie ogólnym określonych przez państwa członkowskie zgodnie z prawem wspólnotowym.

2. W przypadku gdy konieczne jest przyznanie indywidualnych praw użytkowania częstotliwości radiowych i numerów, państwa członkowskie przyznają takie prawa – na wniosek – każdemu przedsiębiorstwu w związku z dostarczaniem sieci lub usług na podstawie ogólnego zezwolenia, o którym mowa w art. 3, z zastrzeżeniem przepisów art. 6, 7 i art. 11 ust. 1 lit. c) niniejszej dyrektywy oraz wszelkimi innymi przepisami zapewniającymi skuteczne wykorzystanie tych zasobów zgodnie z przepisami dyrektywy 2002/21/WE (dyrektyw[y] ramow[ej]).

Bez uszczerbku dla szczegółowych kryteriów i procedur, przyjętych przez państwa członkowskie w celu przyznawania praw użytkowania częstotliwości radiowych dostawcom usług radiowych lub telewizyjnych, aby osiągnąć cele leżące w interesie ogólnym zgodnie z prawem wspólnotowym, prawa użytkowania częstotliwości radiowych i numerów są przyznawane w oparciu o otwarte, obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne procedury, a w przypadku częstotliwości radiowych – zgodnie z przepisami art. 9 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektyw[y] ramow[ej]). Wyjątek od stosowania wymogu otwartych procedur może mieć zastosowanie w przypadkach, gdy przyznanie indywidualnych praw użytkowania częstotliwości radiowych dostawcom usług radiowych lub telewizyjnych jest konieczne do osiągnięcia celu leżącego w interesie ogólnym określonego przez państwa członkowskie zgodnie z prawem wspólnotowym.

[…]

4. […]

W odniesieniu do konkurencyjnej lub porównawczej procedury selekcji dla częstotliwości radiowych stosuje się art. 7.

5. Państwa członkowskie nie ograniczają liczby praw użytkowania, które mają zostać przyznane, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to niezbędne do zapewnienia skutecznego wykorzystania częstotliwości radiowych zgodnie z art. 7.

6. Właściwe organy krajowe zapewniają skuteczne i efektywne użytkowanie częstotliwości radiowych […]”.

16. Ponadto odnośnie do „[p]rocedur[y] ograniczania liczby praw użytkowania, które mają zostać przyznane dla częstotliwości radiowych” art. 7 dyrektywy 2002/20 stanowi:

„1. Państwo członkowskie rozważające, czy ograniczyć liczbę praw użytkowania, które mają zostać przyznane dla częstotliwości radiowych, lub czy wydłużyć okres obowiązywania istniejących praw inaczej niż zgodnie z określonymi w nich warunkami, powinno między innymi:

[…]

b) zapewnić wszystkim zainteresowanym stronom, w tym użytkownikom i konsumentom, możliwość wypowiedzenia się w kwestii jakichkolwiek ograniczeń zgodnie z artykułem 6 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej);

[…]

3. W przypadku gdy należy ograniczyć przyznawanie praw użytkowania częstotliwości radiowych, państwa członkowskie przyznają takie prawa według kryteriów selekcji, które muszą być obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne oraz proporcjonalne. Każde takie kryterium wyboru musi przyznawać odpowiednią wagę celom określonym w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektyw[y] ramow[ej]) i wymaganiom zawartym w art. 9 tej dyrektywy.

4. W razie przeprowadzenia procedury selekcji konkurencyjnej lub porównawczej państwa członkowskie będą mogły przedłużyć maksymalny termin sześciu tygodni, o którym mowa w artykule 5 ust. 3, o tyle, o ile jest to niezbędne dla zapewnienia, by procedury były sprawiedliwe, otwarte i przejrzyste dla wszystkich zainteresowanych stron, jednakże nie dłużej niż o okres ośmiu miesięcy.

[…]".

C. Dyrektywa w sprawie konkurencji (dyrektywa 2002/77)

17. Artykuł 2 dyrektywy 2002/77, zatytułowany „Prawa wyłączne i specjalne w odniesieniu do sieci łączności elektronicznej i usług łączności elektronicznej", zawiera między innymi następujące przepisy:

„[…]

2. Państwa członkowskie podejmują wszelkie środki niezbędne do zapewnienia, aby każde przedsiębiorstwo było uprawnione do świadczenia usług łączności elektronicznej lub do utworzenia, rozszerzenia lub zapewnienia sieci łączności elektronicznej.

[…]

4. Państwa członkowskie zapewniają, aby ogólne zezwolenie udzielone przedsiębiorstwu na świadczenie usług łączności elektronicznej lub utworzenie lub zapewnienie sieci łączności elektronicznej, jak również aby warunki związane z tym zezwoleniem opierały się na obiektywnych, niedyskryminacyjnych, proporcjonalnych i przejrzystych kryteriach.

[…]".

18. Natomiast art. 4 dyrektywy 2002/77 zawiera następującą regulację dotyczącą „[p]raw[a] do wykorzystywania częstotliwości":

„Bez uszczerbku dla szczególnych kryteriów i procedur przyjętych przez państwa członkowskie w odniesieniu do przyznawania praw do wykorzystywania [praw do użytkowania] częstotliwości radiowych dostawcom usług w dziedzinie nadawania programów radiowych lub telewizyjnych, mając na celu realizowanie celów o interesie ogólnym zgodnie z prawem wspólnotowym:

[…]

2. przydzielanie częstotliwości w odniesieniu do usług łączności elektronicznej opiera się na obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych oraz proporcjonalnych kryteriach".

III. Stan faktyczny i postępowanie główne

19. Proces przejścia z telewizji analogowej na cyfrową we Włoszech wymagał zastosowania procedury przydziału nowych cyfrowych częstotliwości nadawczych, które są bardziej wydajne niż analogowe [11]. W tym celu AGCOM w dniu 7 kwietnia 2009 r. wydał uchwałę 181/09/CONS [12], w której zawarł kryteria pełnej cyfryzacji sieci naziemnych i zarazem ustanowił mechanizm przyznawania wymaganych

11 Inaczej niż w przypadku telewizji analogowej jedną z największych zalet telewizji cyfrowej jest możliwość nadawania na jednym i tym samym paśmie częstotliwości wielu programów.

12 Powyższa uchwała uzyskała moc ustawy wskutek decreto legge [dekretu z mocą ustawy] nr 59 z 2008 r. w związku z ustawą nr 101 z 2008 r.

do tego częstotliwości. Uchwała ta wydana została w kontekście toczącego się postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego [13], w ramach którego Komisja Europejska zwracała uwagę na fakt, iż Włochy nie mogą przy przyznawaniu swoich cyfrowych częstotliwości faworyzować działających dotychczas na rynku oferentów analogowych kanałów telewizyjnych.

20. Przewidziany był odtąd przydział cyfrowych częstotliwości w formie 21 tak zwanych multipleksów do ogólnokrajowej transmisji naziemnej [14]. Jeden multipleks umożliwia przy tym łączenie różnych sygnałów audio, wideo i przekazujących dane w ramach wspólnego przepływu danych, co optymalizuje wykorzystanie pozostających do dyspozycji częstotliwości i łączy.

21. W celu zapewnienia sprawiedliwego podziału tych multipleksów cyfrowych, w ramach którego byliby uwzględniani nie tylko dotychczasowi operatorzy analogowych kanałów telewizyjnych, lecz także ci, którzy już poprzednio poczynili inwestycje w tworzenie sieci cyfrowych, jak również ci, którzy od nowa chcieli wejść na ten rynek, 21 jednostek podzielono na trzy grupy, do których następowało przypisanie według różnych kryteriów. Poza tym jako górną granicę ustalono, iż żaden operator sieci sam nie może dysponować liczbą multipleksów większą niż pięć. Taka maksymalna ilość pięciu multipleksów była także zalecana przez Komisję w postępowaniu w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

22. Konkretnie przydział wspomnianych 21 multipleksów powinien następować według następującej procedury:

– W ramach *pierwszej grupy* osiem multipleksów było zastrzeżonych do przekształcenia istniejących analogowych sieci telewizyjnych w sieci cyfrowe. Miało to nastąpić na podstawie sprawiedliwego przydziału, w ramach którego należało uwzględnić ciągłość oferty telewizyjnej. Każdy z dotychczasowych oferentów telewizji analogowej miał zgodnie z tym uzyskać przydział co najmniej jednego multipleksu, a oferenci mający więcej analogowych kanałów mieli uzyskać w każdym przypadku o jeden multipleks mniej niż odpowiadałoby to ilości ich analogowych kanałów. W ten sposób między innymi Rai i Mediaset, które dotychczas obsługiwały po trzy analogowe kanały telewizyjne, otrzymały po dwa multipleksy, natomiast TIMB, która dotychczas miała w ofercie dwa analogowe kanały telewizyjne, uzyskała jeden multipleks; podobnie Rete A i dwaj inni operatorzy sieci otrzymali po jednym multipleksie.

– W ramach *drugiej grupy* osiem multipleksów miało zostać przekazanych tym operatorom sieci, którzy zainwestowali w stworzenie sieci cyfrowych. W ten sposób Rai, Mediaset i TIMB otrzymali po dwa kolejne multipleksy, podczas gdy Rete A i inny operator sieci otrzymali po jednym.

– W ramach *trzeciej grupy* miało zostać w końcu przydzielonych pozostałych pięć multipleksów jako dodatkowe, nowe częstotliwości określane jako „dywidenda cyfrowa” [15], według obiektywnych, przejrzystych, proporcjonalnych i niedyskryminujących kryteriów.

23. W niniejszej sprawie spór w postępowaniu głównym dotyczy tylko części multipleksów, a mianowicie tych z trzeciej grupy. Ich przyznanie miało być pierwotnie bezpłatne i dokonane w ramach postępowania przetargowego, tzw. beauty contest [16], na rzecz najodpowiedniejszych przedsiębiorstw. Zasady przetargu zostały ostatecznie przyjęte po dokonaniu publicznej konsultacji przez AGCOM uchwałą nr 497/10/CONS z dnia 22 września 2010 r.

13 Zobacz przypis 2 powyżej.

14 Niektórzy uczestnicy postępowania mówią o łącznie 22 multipleksach. Sąd odsyłający w swoim czwartym pytaniu (zobacz poniżej, pkt 29 niniejszej opinii) odnosi się nawet do 25 względnie 22 „sieci”. Na potrzeby niniejszego postępowania prejudycjalnego nie jest jednak konieczne wyjaśnienie tej rozbieżności. Z uwagi między innymi na zachowanie spójności ze stanem faktycznym przedstawionym Trybunałowi w sprawie C-112/16 pozostanę w ramach niniejszego wywodu przy liczbie 21.

15 Odnośnie do pojęcia cyfrowej dywidendy przypis 5 powyżej.

16 „Konkurs piękności”.

24. Właściwy przetarg rozpoczął się ostatecznie ogłoszeniem z dnia 8 lipca 2011 r. i przewidywał termin do złożenia ofert do dnia 7 września 2011 r. Europa Way złożyła ofertę odnośnie do jednego multipleksu, o który poza nią nie ubiegało się żadne przedsiębiorstwo. Persidera (uprzednio TIMB) ze swej strony ubiegała się, samodzielnie lub w konkurencji z innymi przedsiębiorstwami [17], o łącznie trzy multipleksy.

25. Jeszcze przed dokonaniem przydziałów włoskie ministerstwo rozwoju gospodarczego wstrzymało jednak procedurę tego nieodpłatnego przetargu mocą dekretu z dnia 20 stycznia 2012 r. W następstwie wydany został dekret z mocą ustawy (decreto-legge) nr 16/2012 [18], którego art. 3d [19], po pierwsze, stwierdził nieważność wstrzymanej uprzednio procedury przetargu nieodpłatnego, a po drugie, przewidywał nowy przydział częstotliwości w drodze publicznego, odpłatnego przetargu na podstawie procedury do ustalenia przez AGCOM w ciągu 120 dni. Ponadto uczestnicy nieprzeprowadzonego do końca nieodpłatnego przetargu mieli uzyskać odszkodowania.

26. W związku z tym AGCOM w dniu 11 kwietnia 2013 r. – po przeprowadzeniu ponownej publicznej konsultacji i zasięgnięciu opinii Komisji Europejskiej – podjął uchwałę nr 277/13/CONS zawierającą zasady nowej procedury przetargowej. Określono w niej między innymi liczbę pozostających do przyznania cyfrowych multipleksów na trzy i ustalono, że operatorzy sieci, którzy byli już posiadaczami trzech lub więcej multipleksów, będą wyłączeni z udziału w przetargu.

27. Nowe postępowanie zostało wszczęte ostatecznie wraz z publikacją ogłoszenia w dniu 12 lutego 2014 r. Cairo Network [20] jako jedyne z przedsiębiorstw wzięło w niej udział i w dniu 31 lipca 2014 r. został mu przydzielony multipleks. Ani Europa Way, ani Persidera nie wzięły udziału w nowej procedurze przetargowej. Jak wynika z akt, w przypadku Persidery wynikało to z faktu dysponowania już przez to przedsiębiorstwo tak czy inaczej więcej niż trzema multipleksami.

28. Europa Way i Persidera wystąpiły do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio [21] (TAR) przeciwko uznaniu pierwszego przetargu za nieważny, jednak nie odniosły sukcesu [22]. Obecnie spór prawny zawisł przed Consiglio di Stato [23], sądem odsyłającym, do którego Europa Way i Persidera wniosły odwołanie.

IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

29. Postanowieniem z dnia 11 czerwca 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 30 października 2015 r., Consiglio di Stato zawiesił toczące się przed nim postępowanie i zgodnie z art. 267 TFUE przedłożył Trybunałowi następujące pytania celem uzyskania orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

„1) Czy kwestionowane działanie prawodawcze oraz stanowiące jego następstwo akty wykonawcze naruszyły uregulowania, zgodnie z którymi zadania regulacji rynku telewizyjnego należą do niezależnego organu administracyjnego (art. 3 i 8 dyrektywy 2002/21, tzw. dyrektywy ramowej, w brzmieniu zmienionym przez dyrektywę 2009/140)?

17 Jak wynika z akt, Persidera w ramach przetargu złożyła odnośnie do dwóch jego części wspólne oferty wraz z Rai i Elettronica Industriale (Mediaset).

18 Ten dekret ustawowy na podstawie ustawy nr 44/2012 otrzymał na stałe moc ustawy.

19 Włoski parlament sam dodał w szczególności przepis art. 3d, mianowicie w ramach postępowania w sprawie przekształcenia dekretu z mocą ustawy w ustawę.

20 Cairo Network prowadzi obecnie we Włoszech kanał telewizyjny „La 7”.

21 Sądu administracyjnego dla regionu Lacjum.

22 Zobacz wyroki nr 9981/2014 i 9982/2014 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio z dnia 25 września 2014 r.

23 Radą stanu.

2) Czy kwestionowane działanie prawodawcze oraz stanowiące jego następstwo akty wykonawcze naruszyły przepisy (art. 7 dyrektywy 2002/20, tzw. dyrektywy o zezwoleniach, i art. 6 dyrektywy 2002/21), które przewidują uprzednie przeprowadzenie konsultacji publicznej przez niezależny krajowy organ regulacyjny danego sektora?

3) Czy prawo Unii Europejskiej, a w szczególności art. 56 TFUE, art. 9 dyrektywy 2002/21, art. 3, 5 i 7 dyrektywy 2002/20 oraz art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77, tzw. dyrektywy o konkurencji, a także zasady niedyskryminacji, przejrzystości, wolności konkurencji, proporcjonalności, skuteczności i pluralizmu informacji, stoi na przeszkodzie unieważnieniu procedury przetargowej w formie »beauty contest« – która została ogłoszona, w systemie przyznawania cyfrowych częstotliwości telewizyjnych, celem sanacji bezprawnego wykluczenia przedsiębiorstw działających na rynku (»Incumbents«) oraz umożliwienia dostępu małym przedsiębiorstwom – i jej zastąpieniu innym, odpłatnym przetargiem, w którym przewidziano nałożenie na uczestników warunków i obowiązków, których nie wymagano uprzednio od przedsiębiorców o ugruntowanej pozycji, czyniąc konkurencję kosztowną i nieekonomiczną?

4) Czy prawo Unii Europejskiej, a w szczególności art. 56 TFUE, art. 9 dyrektywy 2002/21, art. 3, 5 i 7 dyrektywy 2002/20, oraz art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77/WE i art. 258 TFUE, a także zasady niedyskryminacji, przejrzystości, wolności konkurencji, proporcjonalności, skuteczności i pluralizmu informacji, stoi na przeszkodzie dla zmiany planu przeznaczenia częstotliwości, z ograniczeniem sieci krajowych z 25 do 22 (oraz zachowaniem na rzecz przedsiębiorców o ugruntowanej pozycji takiego samego dostępu do multipleksu), ograniczeniem zakresu ofert do 3 multipleksów i przyznaniem częstotliwości w pasmie VHF-III, narażonym na ryzyko silnych zakłóceń?

5) Czy ochrona zasady uzasadnionych oczekiwań, w kształcie wypracowanym przez Trybunał Sprawiedliwości, jest zgodna z unieważnieniem procedury »beauty contest«, co nie pozwoliło wnoszącym apelację, uprzednio dopuszczonym do nieodpłatnego postępowania przetargowego, mieć pewności co do uzyskania jakiejkolwiek z kategorii stanowiących przedmiot przetargu?

6) Czy z prawem Unii w przedmiocie przyznawania praw do użytkowania częstotliwości (art. 8 i 9 dyrektywy 2002/21, art. 5 i 7 dyrektywy 2002/20 oraz art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77/WE) zgodne jest ustanowienie przepisu takiego jak art. 3d dekretu z mocą ustawy nr 16 z 2012 r., który posiada cechy odbiegające od cech właściwych dla rynku usług radiowo-telewizyjnych?”.

30. W postępowaniu przed Trybunałem uwagi na piśmie przedstawili Europa Way, Persidera, Rai, Elettronica Industriale[24], Cairo Network, rząd włoski i Komisja Europejska. Ci sami uczestnicy wzięli też udział w rozprawie w dniu 2 lutego 2017 r., która miała miejsce bezpośrednio przed rozprawą w sprawie C-112/16.

V. Ocena

A. W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

31. Jeżeli chodzi o dopuszczalność tego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, to nie wymaga szczegółowej analizy krytyka Elettronica Industriale, zgodnie z którą sąd odsyłający bezpośrednio konfrontuje Trybunału z kwestiami zgodności prawa krajowego – szczególnie art. 3d dekretu z mocą ustawy nr 16/2012 – z prawem Unii. W tej kwestii wystarczy wskazanie, iż Trybunał wprawdzie faktycznie nie ma kompetencji do tego, by w ramach postępowania prejudycjalnego

24 Elettronica Industriale należy do grupy Mediaset. W postępowaniu przed Trybunałem przedsiębiorstwo to przedstawiło swoje stanowisko tylko odnośnie do drugiego, trzeciego i czwartego pytania prejudycjalnego.

oceniać zgodność krajowych norm prawnych z prawem Unii względnie dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego, jednak w przypadku tak sformułowanych pytań prejudycjalnych nic nie zabrania mu przekazania sądowi odsyłającemu wszelkich istotnych dla sprawy wskazań w kwestii dokonania wykładni prawa Unii, które umożliwiłyby mu rozstrzygnięcie sporu w postępowaniu głównym [25].

32. W dalszej części wywodu wezmę pod uwagę kolejne zarzuty braku dopuszczalności przedłożone przez uczestników postępowania. Dotyczą one bez wyjątku informacji, których podania należy oczekiwać w postanowieniu odsyłającym sądu odsyłającego.

33. Zgodnie z art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem [26] wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oprócz pytania prejudycjalnego musi zawierać także określenie faktycznych i prawnych ram sporu w postępowaniu głównym. Ponadto sąd odsyłający musi wykazać, jaki związek istnieje między podlegającymi wykładni przepisami prawa Unii i postępowaniem głównym, a także podać powody, z których wynikają jego wątpliwości odnośnie do wykładni lub ważności tych przepisów. Zgodnie z orzecznictwem w postępowaniach z zakresu konkurencji szczególne znaczenie ma określenie ram faktycznych i prawnych [27].

1. Brak znaczenia dla sprawy przepisów prawa pierwotnego

34. W niniejszym przypadku wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera żadnych wyjaśnień odnośnie do kwestii, w jakim stopniu zawarte w art. 56 TFUE i 258 TFUE przepisy prawa pierwotnego miałyby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.

35. Szczególnie w odniesieniu do art. 56 TFUE należy zauważyć, że wszystkie elementy sporu w postępowaniu głównym ograniczają się do jednego państwa członkowskiego, a sąd odsyłający w tym przypadku – inaczej niż swego czasu w sprawie Centro Europa 7 – nie chce nawiązywać do zawartego we włoskiej konstytucji zakazu dyskryminacji obywateli własnego państwa [28]. Tym samym nie jest jasne, w jakim stopniu Trybunał dokonując wykładni art. 56 TFUE, o którą się zwrócono, może przyczynić się do rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.

36. W kwestii art. 258 TFUE wystarczy wskazanie, że chodzi o przepis o charakterze czysto proceduralnym dotyczący przeprowadzanych przed Komisją i przed Trybunałem postępowań w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, z którego nie wynikają ani proceduralne, ani materialnoprawne wskazania odnośnie do przyznawania częstotliwości telewizyjnych przez organy krajowe. Znaczenie mogłoby mieć teoretycznie obowiązujące państwa członkowskie zobowiązanie wykonywania wyroków Trybunału w ramach postępowań w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, zgodnie z art. 260 ust. 1 TFUE, jednakże w związku z przyznawaniem częstotliwości telewizyjnych we Włoszech nie został jeszcze wydany taki wyrok stwierdzający uchybienie.

25 Utrwalone orzecznictwo. Zobacz w szczególności wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, pkt 49–51).

26 Trybunał podkreśla konieczność przestrzegania art. 94 regulaminu postępowania m.in. w postanowieniu z dnia 12 maja 2016 r., Security Service i in. (od C-692/15 do C-694/15, EU:C:2016:344, pkt 18). Już wcześniej w utrwalonym orzecznictwie formułowane były analogiczne wymogi dopuszczalności wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zob. w szczególności wyroki: z dnia 24 kwietnia 2012 r., Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, pkt 42); z dnia 21 grudnia 2016 r., Vervloet i in. (C-76/15, EU:C:2016:975, pkt 56, 57).

27 Podobnie postanowienie z dnia 8 października 2002 r., Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, pkt 21, 22); wyroki: z dnia 26 stycznia 1993 r., Telemarsicabruzzo i in. (od C-320/90 do C-322/90, EU:C:1993:26, pkt 7); z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, pkt 58); z dnia 21 listopada 2013 r., Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, pkt 20); z dnia 13 lutego 2014 r., Airport Shuttle Express i in. (C-162/12 i C-163/12, EU:C:2014:74, pkt 38).

28 Wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, pkt 64–71, w szczególności pkt 69).

37. Tam, gdzie sąd odsyłający w swojej interpretacji art. 258 TFUE odnosi się do różnych zobowiązań Republiki Włoskiej w zakresie tworzenia stanu zgodnego z prawem Unii na rynku telewizyjnym w świetle wyroku w sprawie Centro Europa 7[29], Trybunał[30] może odnieść się do kwestii wyczerpująco w ramach wywodów odnośnie do dyrektyw 2002/20, 2002/21 i 2002/77 i nie potrzebuje dokonywać odrębnej wykładni art. 258 TFUE lub 260 TFUE.

38. Zatem w zakresie, w jakim celem trzeciego i czwartego pytania prejudycjalnego jest dokonanie wykładni art. 56 TFUE i 258 TFUE, należy je uznać za niedopuszczalne.

2. Brak wystarczających informacji odnośnie do poszczególnych pytań prejudycjalnych

39. Ponadto rozważenia wymaga, czy wniosku o wydanie postanowienia w trybie prejudycjalnym nie należy uznać za niedopuszczalny być może z tego powodu, że zawiera zbyt mało danych co do faktycznego i prawnego tła oraz znaczenia dla sprawy kilku pytań zadanych przez sąd odsyłający. W opinii Włoch występuje brak takich informacji odnośnie do trzeciego, czwartego i szóstego pytania. Elettronica Industriale ze swej strony uznaje za zbyt słabo uargumentowane pytania drugie, trzecie i czwarte.

40. W obliczu tych zarzutów braku dopuszczalności wskazane wydaje mi się podejście zróżnicowane.

41. Z jednej strony jasne jest, że Consiglio di Stato w sporze w postępowaniu głównym powinien ocenić zgodność z prawem interwencji włoskiego prawodawcy w będące w toku postępowanie AGCOM w kwestii przyznania dywidendy cyfrowej na rynku telewizyjnym. Ta problematyka jest w zrozumiały sposób ujęta w postanowieniu odsyłającym, w szczególności w tej kwestii przedstawione zostało z wystarczającą dokładnością tło faktyczne i prawne, a także nie pozostawia wątpliwości co do znaczenia dla sprawy nawiązujących do tego pytań prejudycjalnych (pytania od pierwszego do piątego). Zgodnie z powyższym Trybunał może udzielić sądowi odsyłającemu wszelkich przydatnych dla sprawy wskazań umożliwiających rozstrzygnięcie sporu w postępowaniu głównym z punktu widzenia prawa Unii.

42. Z drugiej strony w pytaniach prejudycjalnych wymienia się okoliczności, co do których Trybunał nawet przy najbardziej zaangażowanej lekturze nie jest się w stanie wypowiedzieć sensownie, ponieważ wniosek o wydanie postanowienia w trybie prejudycjalnym nie zawiera w tej kwestii nawet podstawowych wyjaśnień. Chodzi przy tym, po pierwsze, o wskazanie przez Consiglio di Stato na „przyznani[e] częstotliwości w paśmie VHF-III, narażonym na ryzyko silnych zakłóceń” (pytanie czwarte) oraz z drugiej strony o jego opinię, iż treść art. 3d dekretu z mocą ustawy nr 16/2012 „posiada cechy odbiegające od cech właściwych dla rynku usług radiowo-telewizyjnych” (pytanie szóste).

43. W tym kontekście jestem zdania, że pytanie czwarte częściowo, zaś pytanie szóste w całości – są niedopuszczalne.

3. Wniosek częściowy

44. Generalnie więc tym samym pytania trzecie i czwarte są po części niedopuszczalne, natomiast pytanie szóste jest niedopuszczalne w całości. W pozostałej części wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy traktować jako dopuszczalny.

29 Wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

30 Do czasu stwierdzenia przez Trybunał w wyroku uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego lub zastosowania na skutek postanowienia środków tymczasowych w ramach toczącego się postępowania Komisji w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (zobacz przypis 2 powyżej) państwo to nie ma obowiązku prawnego do podejmowania środków krajowych.

B. Ocena merytoryczna pytań prejudycjalnych

45. Obszerny katalog pytań Consiglio di Stato co do zasady krąży wokół tego samego tematu: wyjaśnienia wymaga, czy ingerencja włoskiego ministerstwa rozwoju gospodarczego i włoskiego prawodawcy w toczące się przed krajowym organem regulacyjnym postępowanie w sprawie nieodpłatnego przydziału częstotliwości telewizyjnych w połączeniu z zarządzeniem przeprowadzania nowej odpłatnej procedury przydziału były zgodne z prawem Unii. Co do zasady sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy włoski prawodawca naruszył różne wymogi proceduralne oraz materialnoprawne nowych wspólnych ram regulacyjnych, a zwłaszcza zawarty w prawie Unii nakaz niezależności krajowych organów regulujących i zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań.

46. W pierwszej kolejności rozważę problematykę ingerencji instytucji państwowych w toczące się postępowanie, która znajdowała się w centrum zainteresowania zarówno w ramach pisemnego, jak i ustnego etapu postępowania przed Trybunałem (w tej kwestii zobacz poniżej część 1). W drugiej kolejności zajmę się kilkoma kolejnymi zgłoszonymi przez sąd odsyłający i uczestników postępowania kwestiami proceduralnymi (w tej kwestii zobacz dalej część 2). W trzeciej i ostatniej kolejności poświęcę się z kolei materialnoprawnym wymogom w odniesieniu do drugiego przetargu (w tej kwestii zobacz na końcu część 3).

1. Kwestia ingerencji instytucji państwowych w toczące się postępowanie krajowego organu regulacyjnego (pierwsze i piąte pytanie prejudycjalne)

47. Problematyki ingerencji instytucji państwowych w toczące się postępowanie krajowej instytucji regulacyjnej AGCOM dotyczą dwa pytania sądu odsyłającego. Po pierwsze, pytanie piąte, odnoszące się do zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań (w tej kwestii zobacz poniżej część b), a następnie pytanie pierwsze, dotyczące zakresu kompetencji krajowego organu regulacyjnego (w tej kwestii zobacz poniżej część a). Zakładam z góry, że w niniejszej sprawie postępowanie włoskiego ministra ds. rozwoju gospodarczego i włoskiego prawodawcy nasuwa wątpliwości nie tyle z punktu widzenia ochrony uzasadnionych oczekiwań, co raczej w aspekcie gwarantowanej prawem Unii niezależności organu regulacyjnego.

a) Naruszenie niezależności krajowego organu regulacyjnego (pytanie pierwsze)

48. Zasadzie niezależności krajowych organów regulacyjnych, do której odnosi się sąd odsyłający w pierwszym pytaniu prejudycjalnym, w nowych wspólnych ramach regulacyjnych – przynajmniej według dokonanych dyrektywą 2009/140 zmian unijnych aktów prawnych – nadaje się kluczowe znaczenie. Celem ustanowienia niezależnych organów regulacyjnych było bowiem zapewnienie, by w sferze sieci i usług łączności elektronicznej dochodziło do utworzenia prawdziwego rynku wewnętrznego, w ramach którego zapewnione są otwarcie rynku i rzetelna konkurencja, a także wzmacniany jest pluralizm mediów jako jedna z podstawowych wartości współżycia w społeczeństwie demokratycznym (por. także art. 11 ust. 2 karty praw podstawowych).

49. Zgodnie z powyższym państwa członkowskie są wyraźnie zobowiązane do zagwarantowania niezależności swoich krajowych organów regulacyjnych [31] (art. 3 ust. 2 i 3a dyrektywy 2002/21 oraz motyw 13 dyrektywy 2009/140). Wyrazem tej niezależności nie jest wprawdzie to, że krajowe organy regulacyjne mogą jednak podlegać nadzorowi (art. 3 ust. 3a zdanie drugie), lecz że w związku

31 Dobrym przykładem na to, jak wysoki stopień niezależności posiada krajowy organ regulacyjny, jest wyrok z dnia 3 grudnia 2009 r., Komisja/Niemcy (C-424/07, EU:C:2009:749, w szczególności pkt 83, 91, 94, 99 i 106), w którym Trybunał wielokrotnie podkreślał dysponowanie przez te organy zakresem swobodnego uznania i jej uprawnienie do wyważenia pomiędzy różnymi celami regulacyjnymi.

z bieżącym wypełnianiem swych zadań nie wolno im przyjmować żadnych instrukcji (art. 3 ust. 3a zdanie pierwsze) i że ich decyzje mogą zostać zawieszone lub uchylone wyłącznie przez organy odwoławcze w wyniku konkretnych środków prawnych (art. 3 ust. 3a zdanie trzecie dyrektywy 2002/21).

50. W związku z zawieszeniem pierwszego, nieodpłatnego postępowania w sprawie przydziału częstotliwości AGCOM przez ministerstwo rozwoju gospodarczego, a następnie zarządzonego przez włoskiego prawodawcę w efekcie art. 3d dekretu z mocą ustawy nr 16/2012 przerwania tego postępowania, dwie instytucje państwowe dokonały ingerencji w toczące się postępowanie krajowego organu regulacyjnego, nie będąc do tego upoważnionymi zgodnie z nowymi wspólnymi ramami regulacyjnymi. W szczególności ani ministerstwo, ani prawodawca w przedmiotowej sprawie nie działały jako właściwe instytucje nadzorcze (art. 3 ust. 3a zdanie drugie dyrektywy 2002/21) ani jako instytucje odwoławcze w ramach konkretnego środka prawnego (art. 3 ust. 3a zdanie trzecie dyrektywy 2002/21). Obie instytucje wpływały na postępowanie raczej z zewnątrz i, na ile wiadomo, ze względów czysto politycznych. Dokładnie przed takim motywowanym politycznie wpływem przez czynniki zewnętrzne ma być jednak chroniona działalność krajowego organu regulacyjnego zgodnie z duchem nowych wspólnych ram regulacyjnych (por. ponownie zdanie drugie motywu 13 dyrektywy 2009/140).

51. Tylko na marginesie wypada wspomnieć, że niniejsza sprawa w żadnej mierze nie jest porównywalna ze sprawami, w których Trybunał uznał możliwość odwołania przetargu bez ograniczania tej możliwości do przypadków wyjątkowych względnie zaistnienia ważnych powodów [32]. W tych wyrokach bowiem, które bez wyjątku należą do dziedziny zamówień publicznych, wymienione przetargi zostały każdorazowo odwołane przez samą instytucję zamawiającą, a więc dokładnie przez instytucję, która na zasadzie własnej odpowiedzialności przeprowadzała odnośne postępowanie, a nie – jak w tej sprawie – przez inną, zewnętrzną instytucję.

52. Ogólnie rzecz biorąc działanie takie jak działanie włoskiego ministerstwa rozwoju gospodarczego i włoskiego prawodawcy, w którego wyniku bieżące postępowanie krajowego organu regulacyjnego zostaje na początku zawieszone, a następnie unieważnione, prowadzi zatem do naruszenia niezależności tego organu regulacyjnego.

b) Wynikająca z prawa Unii zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań (piąte pytanie)

53. W uzupełnieniu do dokonanych właśnie rozważań w sprawie pierwszego pytania pytanie piąte ma na celu wyjaśnienie, czy państwo włoskie, przerywając pierwsze jeszcze niezakończone postępowanie w sprawie przydzielenia częstotliwości telewizyjnych w ramach dywidendy cyfrowej, naruszyło unijną zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań.

54. Jak Trybunał już wielokrotnie podkreślał, zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań zalicza się do podstawowych zasad Unii [33]. Na tę zasadę może się jednak skutecznie powoływać tylko ten, komu udzielone zostały dokładne, bezwarunkowe i zgodne zapewnienia, pochodzące z uprawnionych i wiarygodnych źródeł [34].

32 Wyroki: z dnia 16 września 1999 r., Fracasso und Leitschutz (C-27/98, EU:C:1999:420, pkt 25); z dnia 18 czerwca 2002 r., HI (C-92/00, EU:C:2002:379, pkt 40); z dnia 11 grudnia 2014 r., Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, pkt 31).

33 Wyroki: z dnia 5 maja 1981 r., Dürbeck (112/80, EU:C:1981:94, pkt 48); z dnia 24 marca 2011 r., ISD Polska i in. (C-369/09 P, EU:C:2011:175, pkt 122).

34 Wyroki: z dnia 14 czerwca 2016 r., Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, pkt 77); z dnia 19 lipca 2016 r., Kotnik i in. (C-526/14, EU:C:2016:570, pkt 62); zob. także wyroki: z dnia 22 czerwca 2006 r., Belgia i Forum 187/Komisja (C-182/03 i C-217/03, EU:C:2006:416, pkt 147); z dnia 16 grudnia 2008 r., Masdar (UK)/Komisja (C-47/07 P, EU:C:2008:726, pkt 81, 86).

55. W tej kwestii występuje w niniejszej sprawie oczywisty brak, ponieważ uczestnicy pierwszego unieważnionego w dalszym przebiegu przetargu nie otrzymali żadnych zapewnień ze strony właściwych włoskich organów, z których można byłoby wnioskować, że te przedsiębiorstwa otrzymałyby przydział określonych częstotliwości telewizyjnych w ramach dywidendy cyfrowej. W szczególności sam fakt, że oferta uczestnika została uznana za dopuszczalną, wbrew wyrażonemu w postępowaniu ustnym poglądowi nie stanowi jeszcze jednoznacznej wypowiedzi co do tego, czy ten uczestnik na końcu postępowania otrzyma przydział.

56. Możliwe jest, że niektórzy zainteresowani – a zwłaszcza Europa Way, która jako jedyna złożyła ofertę odnośnie do jednego ze wspomnianych multipleksów – w swoim czasie mogła robić sobie poważne nadzieje na uzyskanie przydziału. Zanim jednak przetarg nie został zakończony i nie podjęto decyzji w kwestii przydziałów, te zwykłe oczekiwania nie mogły zamienić się w uzasadnione oczekiwanie na określony wynik postępowania. Udział w postępowaniu sam w sobie nie daje bowiem jeszcze żadnej gwarancji i żadnego uzasadnionego oczekiwania co do tego, iż postępowanie zakończy się wygraną.

57. W efekcie w sprawie takiej jak niniejsza nie mogą być skutecznie podnoszone różne zarzuty oparte na unijnej zasadzie ochrony uzasadnionych oczekiwań.

2. W przedmiocie dalszych problemów proceduralnych (drugie pytanie prejudycjalne)

58. Kilka wymogów proceduralnych zawartych w nowych wspólnych ramach regulacyjnych poruszonych zostało w pytaniu drugim, lecz także w określonych aspektach pierwszego pytania Consiglio di Stato. W ich wyniku ma zostać wyjaśnione, czy w efekcie działania prawnego takiego jak art. 3d dekretu z mocą ustawy nr 16/2012 naruszony został wynikający z prawa Unii wymóg uprzedniej publicznej konsultacji (w tej kwestii zobacz poniżej część a), a także czy włoski prawodawca przy tej okazji realizował zadania regulacyjne, które nowe wspólne ramy regulacyjne zastrzegają dla krajowych organów regulacyjnych (w tej kwestii zobacz poniżej część b).

a) Wymóg uprzedniej konsultacji publicznej

59. Konsultacja publiczna, na którą powołuje się Consiglio di Stato w swoim drugim pytaniu prejudycjalnym, przewidziana jest zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2002/20 w związku z art. 6 dyrektywy 2002/21 w przypadku, gdy państwo członkowskie rozważa ograniczenie liczby praw użytkowania, które mają zostać przyznane dla częstotliwości radiowych. Skonsultować należy się ze wszystkimi zainteresowanymi stronami, w tym użytkownikami i konsumentami.

60. Pewne jest, że przedmiotem drugiego, nowego przetargu, w stosunku do unieważnionego pierwszego, było ostatecznie mniej częstotliwości telewizyjnych, to jest zaledwie trzy multipleksy cyfrowe, zamiast poprzednio zgłoszonych pięciu. Tym samym doszło do ograniczenia liczby praw użytkowania, które mają zostać przyznane dla częstotliwości radiowych w rozumieniu art. 7 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2002/20, która wymagała publicznej konsultacji zgodnie z przepisem art. 6 dyrektywy 2002/21.

61. Jak jednak wynika z akt i jak zostało potwierdzone na rozprawie, to nie włoski prawodawca w drodze art. 3d dekretu z mocą ustawy nr 16/2012 dokonał tego liczbowego ograniczenia podlegających przyznaniu multipleksów, lecz dopiero AGCOM, przy konkretnym przeprowadzaniu drugiego przetargu.

62. Inaczej niż zdaje się mniemać Komisja, także zarządzenie odpłatności ponownie przeprowadzanego przydziału częstotliwości nie zawiera ze strony ustawodawcy *liczbowego* ograniczenia dostępnych częstotliwości, w którego przypadku tylko art. 7 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2002/20 przewiduje obowiązek konsultacji zgodnie z art. 6 dyrektywy 2002/21.

63. W związku z tym obowiązek konsultacji wynikający z art. 7 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2002/20 w związku z art. 6 dyrektywy 2002/21 nie miał zastosowania względem prawodawcy, lecz tylko względem AGCOM, a ten – jak wynika z opisu stanu faktycznego w postanowieniu odsyłającym – przeprowadził ją też przed wydaniem swojej uchwały nr 277/13/CONS [35].

64. Tym samym nic nie wskazuje na naruszenie wspomnianego wynikającego z prawa Unii obowiązku konsultacji.

b) Domniemanie wykonania zadań regulacyjnych przez prawodawcę krajowego

65. W następnej kolejności należy jeszcze w związku z pierwszym pytaniem prejudycjalnym sprawdzić, czy włoski ustawodawca w związku z zarządzeniem nowej odpłatnej procedury przetargowej sam przejął zadania krajowego organu regulacyjnego.

66. Taki sposób postępowania byłby w ogóle dopuszczalny tylko w bardzo wąskich granicach, takich jak zasady wypracowane przez Trybunał w wyroku Base i in. [36]. Jeszcze mniejsza, a nawet nieistniejąca zdaje się być tu wynikająca z prawa Unii swoboda działania przy przejmowaniu zadań regulacyjnych przez ustawodawcę krajowego od czasu wejścia w życie zmieniającej dyrektywy 2009/140, w której preambule wyjaśniono, że „krajowy organ ustawodawczy [prawodawczy] nie jest odpowiedni do pełnienia roli krajowego organu regulacyjnego w zakresie ram regulacyjnych", ponieważ w innym przypadku przy wykonywaniu zadań regulacyjnych należy się obawiać nacisków politycznych i ingerencji zewnętrznych [37].

67. Pojęcie *zadań regulacyjnych*, które jeden lub wiele krajowych organów regulacyjnych mają wypełniać (por. art. 2 lit. g) dyrektywy 2002/21) [38], nie jest ogólnie zdefiniowane w dyrektywach nowych wspólnych ram regulacyjnych. Jest jednak oczywiste, że w żadnym przypadku *wszystkie* zadania i obowiązki, pozostające do wypełnienia na podstawie tych ram regulacyjnych, nie muszą być z konieczności przenoszone na organy regulacyjne.

68. Wprawdzie w dyrektywach można znaleźć wiele przepisów odnoszących się w szczególności do działania krajowych organów regulacyjnych i przewidzianych dla nich zadań (zob. w szczególności art. 3 ust. 1, 3 i 3a, art. 6 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 akapit ostatni i art. 8 ust. 2 dyrektywy 2002/21), jednak co najmniej tyle samo przepisów skierowanych jest w zupełnie ogólnej formie do „państw członkowskich", które w ramach swojej autonomii instytucjonalnej [39] mogą same decydować, jakiej krajowej instytucji powierzą realizację wymienionych zadań.

69. Szczególnego podkreślenia wymaga w tym kontekście art. 9 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy 2002/21, który w zupełnie ogólnej formie *państwom członkowskim* – a nie szczególnie *krajowym organom regulacyjnym* czy też *właściwym organom krajowym* – powierza dbanie o efektywne zarządzanie częstotliwościami radiowymi i właściwe uwzględnianie przy tym, że chodzi o dobro publiczne, które ma istotną wartość społeczną, kulturalną i ekonomiczną (zob. także motyw 21 dyrektywy 2002/21).

35 Zobacz pkt 26 niniejszej opinii.

36 Zobacz wyrok z dnia 6 października 2010 r., Base i in. (C-389/08, EU:C:2010:584, pkt 26–30)

37 Motyw 13 zdanie trzecie dyrektywy 2009/140.

38 Odnośnie do wynikającej z instytucjonalnej autonomii państw członkowskich możliwości powierzenia wielu krajowym organom zadań regulacyjnych por. wyroki z dnia 6 marca 2008 r., Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, EU:C:2008:143, pkt 18, 19, 24); z dnia 6 października 2010 r., Base i in. (C-389/08, EU:C:2010:584, pkt 26); z dnia 17 września 2015 r., KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, pkt 53); z dnia 19 października 2016 r., Ormaetxea Garai i Lorenzo Almendros (C-424/15, EU:C:2016:780, pkt 30).

39 W kwestii instytucjonalnej autonomii państw członkowskich zobacz motyw 11 dyrektywy 2002/21.

70. Podczas gdy prawodawca krajowy, przy uwzględnieniu wszelkich wymogów wynikających z prawa Unii, ma obowiązek zdefiniowania ogólnych ram dla stworzenia i użytkowania sieci oraz usług łączności elektronicznej, do krajowych organów regulacyjnych należy podejmowanie w tych ramach decyzji w jednostkowych przypadkach, rozstrzyganie sporów i ustalanie szczegółowych funkcji działania takich sieci i usług w drodze regulacji uprzednich (zob. w tym względzie także art. 3 ust. 3a dyrektywy 2002/21 oraz motyw 13 zdanie drugie dyrektywy 2009/140).

71. Ustalenie kwestii, czy w państwie członkowskim przyznanie cyfrowych częstotliwości telewizyjnych możliwe będzie bezpłatnie, czy też za opłatą, nie jest jednak taką decyzją jednostkową ani szczegółowym aspektem sposobu działania podmiotowych sieci i usług łączności elektronicznej, lecz raczej zasadniczą decyzją polityczną, w której przypadku instytucje krajowe mają we właściwy sposób uwzględniać także istotną wartość ekonomiczną tych częstotliwości (zob. art. 9 ust. 1 zdanie pierwsze i motyw 21 dyrektywy 2002/21).

72. Jak słusznie podkreślają rząd włoski i Cairo Network, taka zasadnicza decyzja nie mieści się w zadaniach regulacyjnych w rozumieniu art. 2 lit. g) dyrektywy 2002/21. Mogła ona być zatem podjęta przez ustawodawcę krajowego i niekoniecznie musiała być zastrzeżona dla krajowego organu regulacyjnego AGCOM.

3. Wymogi prawa materialnego w odniesieniu do drugiego przetargu (trzecie, czwarte i szóste pytanie prejudycjalne)

73. Zadając pytania trzecie, czwarte i szóste sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy unieważnienie pierwszego przetargu przez włoskiego ustawodawcę, a zwłaszcza następujące po nim przeprowadzenie drugiego przetargu na zasadniczo różnych warunkach były zgodne z różnymi postanowieniami i zasadami wynikającymi z prawa Unii.

74. Niektóre z tych pytań są, jak wykazałam wyżej [40], całkowicie lub częściowo niedopuszczalne. W tym sensie w dalszej części wywodu potraktuję je tylko pomocniczo. Poza tym w związku z częstym powielaniem się treści tych pytań uważam za wskazane dokonanie ich wspólnej analizy i ograniczenie ich omówienia do zasadniczych elementów podniesionych problemów prawnych.

75. W istocie Consiglio di Stato oczekuje informacji, czy państwo włoskie naruszyło wymienione wymogi, gdy w sprawie rozdzielenia dywidendy cyfrowej przeprowadziło nowe odpłatne postępowanie i ograniczyło przy tym ilość pozostających do rozdzielenia multipleksów cyfrowych w stosunku do anulowanej poprzedniej rundy przetargu z pięciu do trzech.

76. Merytoryczne zasady przydzielania częstotliwości telewizyjnych określają przede wszystkim różne przepisy prawa wtórnego nowych wspólnych ram regulacyjnych, a konkretnie art. 8 i 9 dyrektywy 2002/21, art. 3, 5 i 7 dyrektywy 2002/20 oraz art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77. Wszystkie te przepisy dają zgodnie wyraz temu, iż państwa członkowskie przy przydziale częstotliwości dysponują określoną swobodą uznania, przy korzystaniu z której muszą jednak przestrzegać wynikających z prawa Unii ogólnych zasad niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności, a także w należyty sposób uwzględniać kwestie skutecznego zarządzania i użytkowania częstotliwości oraz zasady konkurencji i pluralizmu mediów.

40 Zobacz pkt 33–44 niniejszej opinii.

a) W kwestii odpłatności przydziału w ramach drugiego przetargu

77. W centrum sporu między uczestnikami postępowania pozostaje wymieniona w trzecim i szóstym pytaniu prejudycjalnym odpłatność za przyznanie częstotliwości w ramach nowego, drugiego przetargu, po unieważnieniu przez włoskiego ustawodawcę poprzedniego, pierwszego przetargu, jeszcze zanim mógł on zostać doprowadzony do końca. Podczas gdy Europa Way i Persidera uznają obecny odpłatny przydział częstotliwości telewizyjnych za niezgodny z prawem Unii, wszyscy pozostali uczestnicy postępowania reprezentują odwrotny pogląd.

– Zasadniczy brak istnienia wynikającego z prawa Unii wymogu nieodpłatności

78. Jak słusznie podkreśla przede wszystkim Komisja, żaden z przepisów nowych wspólnych ram regulacyjnych nie przewiduje konieczności przyznawania częstotliwości telewizyjnych bezpłatnie i tylko na podstawie przydatności oferentów (przykładowo na zasadzie „konkursu piękności"). Odniesienie do „procedury selekcji konkurencyjnej lub porównawczej" w art. 5 ust. 4 i w art. 7 ust. 4 dyrektywy 2002/20 jest raczej sformułowane w na tyle otwarty sposób, by obejmować zarówno bezpłatne, jak również odpłatne modele dokonywania przydziału.

79. W żadnej mierze nie jest nierealne *odpłatne* przyznawanie częstotliwości, jeśli ponadto uwzględni się wymóg prawa Unii zawarty w art. 9 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy 2002/21, zgodnie z którym państwa członkowskie mają w należytym stopniu uwzględniać fakt, że częstotliwości radiowe są dobrem publicznym, które ma istotną wartość społeczną, kulturalną i *ekonomiczną*[41].

80. Na pewno przy kształtowaniu wymogów ramowych dla odpłatnego przyznawania częstotliwości muszą zostać uwzględnione pozostałe ustalenia prawodawcy unijnego w kwestii wartości, a w szczególności zasada konkurencyjności. Jednym z podstawowych celów nowych wspólnych ram regulacyjnych jest bowiem wspieranie rozwoju konkurencji [zob. zwłaszcza art. 7 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2002/20 oraz art. 8 ust. 2 dyrektywy 2002/21[42]] i unikanie zakłóceń konkurencji w sferze sieci i usług łączności elektronicznej [zob. zwłaszcza art. 5 ust. 6 dyrektywy 2002/20 i art. 8 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2002/21] w związku ze staraniami na rzecz wspierania pluralizmu mediów (zobacz w tej kwestii art. 8 ust. 1 akapit trzeci oraz art. 9 ust. 4 akapit drugi lit. d) i motyw 6 dyrektywy 2002/21 a także art. 11 ust. 2 karty praw podstawowych). Idea wolnej konkurencji i pluralizm mediów znajdują w pełni skonkretyzowane odbicie w gwarantowanej w prawie Unii swobodzie w zakresie dostępu do sieci i świadczenia usług łączności elektronicznej (art. 3 ust. 1 dyrektywy 2002/20 i art. 2 ust. 2 dyrektywy 2002/77).

81. Na tym tle odpłatność za przydział cyfrowych częstotliwości telewizyjnych, jak też ewentualna oferta minimalna w ramach licytacji takich częstotliwości musi kształtować się na rozsądnym poziomie, tak aby dla działających już na rynku telewizyjnym i zamierzających dopiero wejść na ten rynek przedsiębiorstw, niezależnie od ich wielkości, pozostawały wystarczająco duże zasoby finansowe na inwestycje w konieczne technologie i w zapewnienie treści o wysokiej jakości[43]. Poza tym krajowy organ regulacyjny musi zapewnić, by w takim przetargu brały udział tylko takie przedsiębiorstwa, które – w aspekcie kryteriów obiektywizmu, przejrzystości, niedyskryminacji i proporcjonalności – zapewniają wszelkie gwarancje, że na rynku mediów, zdominowanym przez konkurencję i pluralizm, będą właściwymi i pewnymi operatorami sieci łączności elektronicznej.

41 Podobnie wyrok z dnia 10 marca 2011 r., Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, pkt 27).

42 Zobacz także wyrok z dnia 23 kwietnia 2015 r., Komisja/Bułgaria (C-376/13, EU:C:2015:266, pkt 69).

43 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 10 marca 2011 r., Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, pkt 28); z dnia 21 marca 2013 r., Belgacom i in. (C-375/11, EU:C:2013:185, pkt 50, 51).

82. Nie można jednak zakładać, że konkurencję i pluralizm na rynku telewizyjnym można zapewnić tylko w przypadku bezpłatnego przyznawania częstotliwości [44].

83. W szczególności nie da się wyprowadzić z nowych wspólnych ram regulacyjnych jakiegokolwiek *zobowiązania* Włoch do rezygnacji z odpłatności za przyznawanie cyfrowych częstotliwości. Jakikolwiek inny rezultat nie wynika ze wskazanej okoliczność, zgodnie z którą będące tu przedmiotem postępowania rozdzielanie dywidendy cyfrowej służy ostatecznie usuwaniu bezprawnych skutków naruszenia prawa Unii we Włoszech, takich jak zakwestionowane przez Trybunał w wyroku w sprawie Centro Europa 7 [45] oraz przez Komisję w toczącym się jeszcze postępowaniu w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego [46]. W ramach bowiem wypełniania swojego obowiązku w sprawie usuwania bezprawnych skutków naruszenia prawa Unii [47] właściwe instytucje włoskie dysponowały określoną swobodą uznania [48], która obejmowała więcej niż tylko jedną możliwą opcję działania – a tym samym także inne opcje niż nieodpłatne przydzielanie częstotliwości.

– Brak dyskryminacji nowych operatorów sieci wobec dotychczasowych

84. Sąd odsyłający daje także wyraz zaniepokojeniu, że wymierzenie opłaty szczególnie z tytułu pozostających tu przedmiotem sporu częstotliwości z trzeciej grupy multipleksów cyfrowych [49] mogłoby dyskryminować nowych operatorów sieci w stosunku do działających już na rynku przedsiębiorstw (tak zwanych Incumbents), zwłaszcza wobec obu liderów rynku – Rai i Mediaset. Te ostatnie bowiem, podobnie jak podkreślają to Europa Way i Persidera, otrzymały swoje częstotliwości telewizyjne w ramach pierwszej i drugiej grupy bez dokonywania w chwili uzyskania tych praw do użytkowania wzajemnego świadczenia finansowego.

85. Zawarta w prawie Unii zasada równego traktowania wzgl. niedyskryminacji [50], która wymieniana jest obecnie także w art. 20 i 21 karty praw podstawowych i która obecna jest także w wielu miejscach w nowych wspólnych ramach regulacyjnych [51], zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w różny sposób i aby różne sytuacje nie były traktowane w identyczny sposób, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione [52].

86. Porównywalność stanów faktycznych winna być między innymi oceniana w świetle przedmiotu i celu danego środka. Należy poza tym uwzględnić zasady i cele dziedziny prawa, do której należy omawiany środek [53].

44 Zobacz także wyrok z dnia 10 marca 2011 r., Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, pkt 29), zgodnie z którym zbyt niski poziom opłaty może mieć niekorzystny wpływ na efektywność wykorzystywania częstotliwości radiowych jako rzadkich zasobów.

45 Wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

46 Zobacz odnośnie do tego postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przypis 2 i 30 niniejszej opinii.

47 Wyrok z dnia 21 czerwca 2007 r., Jonkman i in. (od C-231/06 do C-233/06, EU:C:2007:373, pkt 37, 38).

48 Zgodnie z orzeczeniami Trybunału odnośnie do koncesji na gry losowe zarówno cofnięcie i ponowny rozdział dawnych koncesji, jak i ogłoszenie przetargu na odpowiednią liczbę nowych koncesji co do zasady mogą zaradzić, przynajmniej na przyszłość, niezgodnemu z prawem wykluczeniu pewnych podmiotów; zob. wyroki: z dnia 6 marca 2007 r., Placanica (C-338/04, C-359/04 i C-360/04, EU:C:2007:133, pkt 63); z dnia 16 lutego 2012 r., Costa (C-72/10 i C-77/10, EU:C:2012:80, pkt 52); z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 35).

49 Odnośnie do podziału mających zostać przyznanych częstotliwości na trzy grupy cyfrowych multipleksów zobacz powyżej pkt 22 niniejszej opinii.

50 Odnośnie do tego pojęcia zobacz m.in. wyrok z dnia 12 września 2006 r., Eman i Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, pkt 57).

51 Zobacz w szczególności art. 9 ust. 1 zdanie drugie i motyw 19 dyrektywy 2002/21, art. 5 ust. 2 akapit drugi i art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/20 oraz art. 2 ust. 4 i art. 4 pkt 2 dyrektywy 2002/77.

52 Wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Arcelor Atlantique et Lorraine i in. (C-127/07, EU:C:2008:728, pkt 23); z dnia 14 września 2010 r., Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals/Komisja (C-550/07 P, EU:C:2010:512, pkt 54, 55); z dnia 21 grudnia 2016 r., Vervloet i in. (C-76/15, EU:C:2016:975, pkt 74).

53 Wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Arcelor Atlantique et Lorraine i in. (C-127/07, EU:C:2008:728, pkt 25, 26); z dnia 1 marca 2011 r., Association belge des Consommateurs Test-Achats i in. (C-236/09, EU:C:2011:100, pkt 29); z dnia 11 lipca 2013 r., Ziegler/Komisja (C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 167); z dnia 6 listopada 2014 r., Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, pkt 51).

87. W niniejszej sprawie nieodpłatny przydział cyfrowych częstotliwości telewizyjnych w ramach pierwszej i drugiej grupy dla Rai i Mediaset miał podwójny cel: zapewnienie ciągłości oferty telewizyjnej we Włoszech i uznanie dokonanych już inwestycji w dziedzinie technologii cyfrowej [54]. W kontekście tego celu działające już na rynku telewizyjnym i zamierzające wejść na ten rynek przedsiębiorstwa nie znajdują się w porównywalnej sytuacji.

88. W tym kontekście brak jest wystarczających przesłanek dla uznania istnienia dyskryminacji między tymi dwoma grupami przedsiębiorstw, przynajmniej na podstawie informacji posiadanych przez Trybunał.

89. Dodam jeszcze, że w końcu nawet zapewnienie ciągłości oferty telewizyjnej stanowi ponadto cel pozostający w interesie publicznym, który wydaje się zasadniczo odpowiedni dla usprawiedliwienia ewentualnego nierównego traktowania, o ile to nierówne traktowanie następuje wyłącznie w granicach tego, co przy uwzględnieniu idei wolnej konkurencji oraz pluralizmu mediów jest niezbędne dla osiągnięcia omawianego celu w sposób spójny i systematyczny [55].

90. W tym kontekście warto odnotować, że we Włoszech wymierzane są roczne opłaty licencyjne za korzystanie ze *wszystkich* cyfrowych częstotliwości telewizyjnych [56]. Tym samym także działające już na rynku przed przejściem na telewizję cyfrową przedsiębiorstwa („Incumbents") faktycznie nie mogą korzystać ze swoich częstotliwości cyfrowych bezpłatnie, lecz świadczą z tego tytułu okresowe płatności na rzecz państwa. W odróżnieniu od tego operatorowi sieci, który uzyskał w drodze przetargu nowe częstotliwości cyfrowe w ramach trzeciej grupy – dywidendy cyfrowej – zalicza się świadczoną przez niego płatność na rzecz opłat licencyjnych w latach następnych [57]. W takich okolicznościach można przyjąć, że odpłatność przydziału cyfrowych częstotliwości telewizyjnych w ramach trzeciej grupy nie prowadzi do znaczącego ograniczenia idei wolnej konkurencji lub pluralizmu mediów.

b) W przedmiocie ograniczenia ilości częstotliwości cyfrowych, które mają zostać wydane

91. W postępowaniu przed Trybunałem obok odpłatności za przyznanie częstotliwości rozpatrywana była przy okazji także okoliczność, że w ramach drugiej rundy przetargu – w porównaniu z pierwszą, anulowaną rundą – do przydziału przewidzianych było mniej multipleksów cyfrowych, a mianowicie tylko trzy, zamiast pierwotnie przewidzianych pięciu. Tego aspektu dotyka czwarte pytanie sądu odsyłającego.

92. Ograniczenie pozostających do dyspozycji częstotliwości jest dopuszczalne, o ile jest ono konieczne w aspekcie efektywnego wykorzystania widma i odpowiada obiektywnym i przejrzystym kryteriom oraz zasadom niedyskryminacji i proporcjonalności (zobacz w szczególności art. 9 ust. 3 akapit drugi i ust. 4 dyrektywy 2002/21 oraz art. 5 ust. 4 akapit drugi, art. 5 ust. 5 i 6, a także art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/20 [58]).

54 Zobacz pkt 22 niniejszej opinii. Wielu uczestników postępowania podkreślało tę kwestię także na rozprawie.

55 Tę problematykę omawiałam bardziej szczegółowo w mojej opinii z dzisiejszego dnia w równoległej sprawie Persidera (C-112/16, pkt 63–72).

56 Ta okoliczność była podkreślana przez wielu uczestników postępowania zarówno w ramach pisemnego, jak i ustnego etapu postępowania przed Trybunałem, co nie spotkało się ze sprzeciwem ze strony Europa Way i Persidery.

57 Takie stanowisko przedstawił rząd włoski na rozprawie przed Trybunałem. Do sądu odsyłającego należało będzie sprawdzenie prawdziwości tych informacji.

58 Zobacz również wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r., Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, pkt 100).

93. Stosownie do zgodnych danych ze strony wielu uczestników postępowania w niniejszej sprawie zmniejszenie ilości przyznawanych częstotliwości w ramach dywidendy cyfrowej o dwa multipleksy cyfrowe, do aktualnie trzech, spowodowane zostało podwójnymi okolicznościami. Po pierwsze, określone częstotliwości na podstawie poradnictwa w ramach Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego (ITU) odtąd nie będą już do dyspozycji telewizji, lecz pozostaną w dyspozycji telekomunikacji. Po drugie, określone częstotliwości były obciążone znacznym ryzykiem występowania zakłóceń [59].

94. Nie jest zadaniem Trybunału, lecz sądu odsyłającego sprawdzenie, czy słuszne są te twierdzenia i czy zasady obiektywizmu, przejrzystości, niedyskryminacji i proporcjonalności zostały zachowane, gdy właśnie w pozostającej tu obiektem sporu trzeciej grupie częstotliwości telewizyjnych, które mają zostać wydane – a więc szczególnie w ramach dywidendy cyfrowej – dokonano zmniejszenia pozostających do dyspozycji multipleksów cyfrowych z pięciu do trzech.

95. Dla celów tego postępowania prejudycjalnego wystarczy stwierdzenie, że wspomniane kwestie (uwzględnienie doradztwa ITU i unikanie zakłóceń) pozostają w ogólnym interesie i mogą usprawiedliwiać zmniejszenie oferty cyfrowych częstotliwości telewizyjnych (zob. także art. 9 ust. 1 akapit drugi i art. 4 dyrektywy 2002/21 oraz art. 5 ust. 1 tiret pierwsze dyrektywy 2002/20), zakładając, że pozostające wtedy do rozdzielenia częstotliwości w ramach dywidendy cyfrowej wystarczą, żeby sprostać idei wolnej konkurencji i pluralizmowi mediów, a także umożliwić w znaczącym wymiarze wejście na rynek nowych podmiotów.

96. Przy ocenie proporcjonalności działań w odniesieniu do zmniejszenia liczby dostępnych multipleksów cyfrowych z pięciu do trzech sąd odsyłający będzie musiał precyzyjnie wyjaśnić, czy zamiast zmniejszenia dywidendy cyfrowej (a zatem omawianych tu częstotliwości cyfrowych w ramach trzeciej grupy [60]) w celu uwzględnienia porad ITU i unikania zakłóceń nie byłoby tak samo przydatne, a może nawet lepsze, zmniejszenie liczby inaczej przyznawanych multipleksów (a więc cyfrowych częstotliwości w ramach pierwszej lub drugiej grupy). Jak wskazałam bliżej w sprawie C-112/16 [61], żadną miarą nie można wykluczyć, że szczególnie w ramach pierwszej grupy doszło do nadmiernego przydziału częstotliwości cyfrowych dla Rai i Mediaset, tak że być może zmniejszenie liczby przydzielanych tam multipleksów miałoby ewentualnie mniej istotne skutki dla konkurencyjności na rynku telewizyjnym i dla pluralizmu mediów niż w trzeciej grupie w ramach dywidendy cyfrowej.

VI. Wnioski

97. W świetle powyższych rozważań proponuję, by na pytania prejudycjalne Consiglio di Stato Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

1) Nie jest zgodna z art. 3 ust. 2 i 3a dyrektywy 2002/21/WE w brzmieniu dyrektywy 2009/140 sytuacja, w której prowadzone bieżące postępowanie krajowego organu regulacyjnego w sprawie przydziału cyfrowych częstotliwości telewizyjnych zostaje początkowo zawieszone, a następnie całkowicie unieważnione w wyniku zarządzenia innych instytucji państwowych, które nie działają jako właściwe instytucje nadzorcze lub organy odwoławcze.

2) Zawarta w prawie Unii zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań nie zabrania przerwania toczącego się jeszcze postępowania krajowego organu regulacyjnego w sprawie nieodpłatnego przydziału cyfrowych częstotliwości telewizyjnych i przeprowadzenia w zamian za to przez ten sam organ nowego postępowania w sprawie odpłatnego przydziału takich częstotliwości.

59 Także Słowenia w swoim stanowisku w sprawie C-112/16 stanowczo podkreślała znaczenie problematyki takich zakłóceń.

60 Odnośnie do podziału mających zostać przydzielonymi częstotliwości na trzy grupy cyfrowych multipleksów zobacz ponownie pkt 22 niniejszej opinii.

61 Zobacz moja opinia z dnia dzisiejszego w sprawie Persidera (C-112/16, w szczególności pkt 67–71).

3) Wprowadzając wymóg odpłatnego przydzielania cyfrowych częstotliwości telewizyjnych, krajowy prawodawca nie podejmuje zadań regulacyjnych i nie podlega też obowiązkom konsultacyjnym zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2002/20/WE w połączeniu z art. 6 dyrektywy 2002/21.

4) Artykuł 9 dyrektywy 2002/21, art. 3, 5 i 7 dyrektywy 2002/20/WE, a także art. 2 i 4 dyrektywy 2002/77/WE nie są sprzeczne z następującymi środkami:

   a) ograniczeniem częstotliwości telewizyjnych przewidzianych szczególnie dla małych operatorów sieci i nowych uczestników wchodzących na rynek, jeśli w tej kwestii zadania lub zalecenia leżące w interesie ogólnym będą realizowane na zasadzie odnośnych porozumień międzynarodowych lub jeżeli należy unikać zakłóceń, przy założeniu, że zasada proporcjonalności pozostaje zachowana i wejście na rynek nowych uczestników nie będzie nadmiernie utrudnione;

   b) odpłatnym przydziałom cyfrowych częstotliwości telewizyjnych, jeżeli w ramach tego przydziału, a w szczególności przy ustalaniu odpłatności, zachowane zostaną zwłaszcza zasady przejrzystości, niedyskryminacji i proporcjonalności i zostanie zapewnione, by efektem tego przydziału byłą odpowiednia promocja konkurencyjności na rynku telewizyjnym i pluralizmu mediów.