Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 30. marts 2017[1]

Sag C-560/15

Europa Way Srl og
Persidera SpA
mod
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni m.fl.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – elektroniske kommunikationsnet og -tjenester – direktiv 2002/20/EF, 2002/21/EF og 2002/77/EF – overgang fra analogt til digitalt tv – tildeling af digitale frekvenser til netoperatørerne – nye digitale frekvenser (»digitaliseringsdividenden«) – ugyldighedserklæring af en igangværende udvælgelsesprocedure og erstatning med en ny udbudsprocedure mod vederlag med auktion – pligt til at gennemføre en forudgående offentlig høring – uafhængig national tilsynsmyndighed – den nationale lovgivers indgreb i en igangværende procedure for tilsynsmyndigheden«

I. Indledning

1. Overgangen fra analogt til digitalt tv var et teknologisk kvantespring, som i de fleste europæiske privathusholdninger fandt sted uden større vanskeligheder. Til gengæld var det nogle steder noget vanskeligere at få den retlige dimension for netoperatørerne på plads. Navnlig situationen i Italien har set fra et EU-retligt synspunkt gentagne gange giver anledning til kritik for så vidt angår mediernes pluralisme og konkurrencen på tv-markedet – en kritik, som allerede har ført til en traktatbrudssag mod Den Italienske Republik[2] og en præjudiciel afgørelse fra Domstolen[3].

2. I den foreliggende sag drejer det sig ikke om tildelingen af *alle* de frekvenser, som skulle fordeles ved overgangen fra analogt til digitalt tv, men alene om fordelingen af de nye frekvenser, der kom til som følge af det teknologiske fremskridt, og som ikke på forhånd var reserveret til de aktive netoperatører på markedet. To italienske netoperatører, Europa Way og Persidera[4], er gået rettens vej

1 – Originalsprog: tysk.

2 – Traktatbrudssag nr. 2005/5086 (jf. herom Kommissionens pressemeddelelser IP/06/1019 af 19.7.2006 og IP/07/1114 af 18.7.2007). Denne sag, hvori Kommissionen i juli 2007 vedtog en begrundet udtalelse som omhandlet i artikel 258, stk. 1, TEUF (tidligere artikel 226, stk. 1, EF), er endnu ikke afsluttet.

3 – Dom af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

4 – Persidera er efterfølger efter Telecom Italia Media Broadcasting (TIMB). Før den endelige overgang til digitalt tv drev TIMB to analoge tv-stationer (»La 7« og »MTV«) og to digitale tv-stationer (»TIMB1« og »MBONE«).

for at anfægte, at den nationale procedure for fordelingen af denne »digitaliseringsdividende« [5] først blev suspenderet efter anordning fra det italienske ministerium for økonomisk udvikling [6], derefter blev erklæret ugyldig af den italienske lovgiver og endelig blev gennemført på ny under grundlæggende ændrede betingelser.

3. Domstolen skal nu tage stilling til, om og i hvilket omfang disse tiltag udgør et indgreb i Italiens nationale tilsynsmyndigheds – Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni [7] (AGCOM) – kompetencer og uafhængighed. Desuden skal det diskuteres, om den nye udvælgelsesprocedure mod vederlag var i overensstemmelse med de EU-retlige bestemmelser, og om de berørte virksomheder på grund af den første procedure, som ikke blev ført til ende, havde en berettiget forventning om en bestemt udgang på sagen, som på grund af ministeriets og lovgivers indgriben ikke blev opfyldt.

4. Grundlaget for bedømmelsen af denne problematik er de »nye fælles rammebestemmelser«, som trådte i kraft i 2002 og består af flere EU-retlige direktiver, samt de generelle EU-retlige principper.

5. Den foreliggende sag C-560/15 er tæt knyttet til den præjudicielle sag C-112/16, i hvilken jeg ligeledes fremlægger mit forslag til afgørelse i dag. De retlige spørgsmål i den pågældende sag vedrører ganske vist primært de samme EU-retlige bestemmelser og principper, men de vedrører ikke den digitale dividende og giver også i øvrigt anledning helt andre retlige problemer.

II. Retsforskrifter

6. Den EU-retlige ramme for denne sag bestemmes af tre direktiver fra 2002 om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, som alle hører til de nye fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester: rammedirektivet (direktiv 2002/21/EF) [8], tilladelsesdirektivet (direktiv 2002/20/EF) [9] og konkurrencedirektivet (direktiv 2002/77/EF) [10]. De to førstnævnte direktiver gælder i den affattelse, de fik ved direktiv 2009/140.

A. Rammedirektivet (direktiv 2002/21)

7. Indledningsvis henvises til 6. og 21. betragtning til direktiv 2002/21, som er affattet således (uddrag):

»(6) Audiovisuel politik og indholdsregulering er midler til opfyldelsen af mål af almen interesse, som f.eks. ytringsfrihed, mediepluralisme, upartiskhed, kulturel og sproglig mangfoldighed, social inddragelse, forbrugerbeskyttelse og beskyttelse af mindreårige. […]

[…]

5 – Vedrørende begrebet digitaliseringsdividende henvises til 26. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25. november 2009 om ændring af direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, direktiv 2002/19/EF om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og direktiv 2002/20/EF om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EUT 2009, L 337, s. 37, berigtiget i EUT 2013, L 241, s. 8). Jf. desuden punkt 1 i Kommissionens meddelelse af 13.11.2007 »At drage fuld nytte af digitaliseringsdividenden i Europa: en fælles strategi for anvendelsen af det frekvensområde, der frigives ved overgangen til digitalttv«, KOM(2007)700 endelig udg.

6 – Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

7 – Kommunikationstilsynsmyndigheden.

8 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 33).

9 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7.3.2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 21).

10 – Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16.9.2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (konkurrencedirektivet) (EFT 2002, L 249, s. 21).

(21) Medlemsstaterne kan bl.a. anvende licitationsprocedurer og sammenlignende udbudsprocedurer ved tildeling af radiofrekvenser og numre af særlig økonomisk værdi. […]«

8. Der henvises desuden til 13. betragtning til direktiv 2009/140, hvorved bl.a. direktiv 2002/21 blev ændret. Denne betragtning er affattet således:

»(13) De nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed bør styrkes, så de kan anvende regelsættet med større gennemslagskraft, og så deres autoritet og forudsigeligheden i deres afgørelser øges. Til dette formål bør det udtrykkelig fastsættes i national ret, at den nationale tilsynsmyndighed, der er ansvarlig for forhåndsregulering af markedet eller for bilæggelse af tvister mellem virksomheder, i udførelsen af sine opgaver er beskyttet mod indblanding udefra og politisk pres, der kan forhindre en uafhængig vurdering af de sager, den skal behandle. En sådan påvirkning udefra gør en instans, der medvirker i den nationale lovgivningsproces, uegnet til at fungere som tilsynsmyndighed under regelsættet. […]«

9. I henhold til definitionen i artikel 2, litra g), i direktiv 2002/21 forstås i dette direktiv ved

»»national tilsynsmyndighed« den eller de instanser, der af en medlemsstat har fået til opgave at varetage de tilsynsopgaver, der pålægges i dette direktiv og i særdirektiverne«.

10. Artikel 3 i direktiv 2002/21, som har overskriften »Nationale tilsynsmyndigheder«, er affattet således (uddrag):

»1. Medlemsstaterne sikrer, at alle opgaver, de nationale tilsynsmyndigheder får pålagt i dette direktiv og i særdirektiverne, varetages af et kompetent organ.

2. Medlemsstaterne garanterer de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed […]

3. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder udøver deres beføjelser upartisk, transparent og rettidigt. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder har tilstrækkelige økonomiske ressourcer og tilstrækkeligt personale til at udføre de opgaver, de pålægges.

3a. Med forbehold af bestemmelserne i stk. 4 og 5 skal de nationale tilsynsmyndigheder, der er ansvarlige for forhåndsmarkedsregulering eller for bilæggelse af tvister mellem virksomheder i overensstemmelse med artikel 20 og 21 i dette direktiv, handle uafhængigt og må hverken søge eller modtage instrukser fra andre organer i forbindelse med udførelsen af de opgaver, de er pålagt i henhold til den nationale lovgivning, der gennemfører fællesskabslovgivningen. Dette er ikke til hinder for, at der kan føres tilsyn i overensstemmelse med nationale forfatningsretlige bestemmelser. Kun klageinstanser, der er oprettet i overensstemmelse med artikel 4, har beføjelse til at suspendere eller omstøde afgørelser truffet af de nationale tilsynsmyndigheder.

[…]«

11. Under overskriften »Høring og transparens« fastsætter artikel 6 i direktiv 2002/21:

»Medlemsstaterne sikrer med undtagelse af spørgsmål, der er omfattet af artikel 7, stk. 9, artikel 20 eller artikel 21, at de nationale tilsynsmyndigheder, når de i medfør af dette direktiv eller af særdirektiverne agter at træffe foranstaltninger, eller når de agter at indføre begrænsninger i overensstemmelse med artikel 9, stk. 3 og 4, med væsentlige virkninger for det relevante marked, giver de interesserede parter lejlighed til inden for en rimelig frist at fremsætte bemærkninger til udkastet til foranstaltninger.

De nationale tilsynsmyndigheder offentliggør deres nationale høringsprocedurer.

Medlemsstaterne sikrer, at der etableres ét informationssted, hvorfra der er adgang til alle igangværende høringer.

Resultaterne af høringsproceduren skal gøres offentligt tilgængelige af de pågældende nationale tilsynsmyndigheder, medmindre de er fortrolige i henhold til fællesskabsretten og den nationale lovgivning om fortrolig behandling af forretningsoplysninger.«

12. Under overskriften »Politiske mål og tilsynsprincipper« reguleres derefter bl.a. følgende i artikel 8, stk. 1 og 2, i direktiv 2002/21:

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

[…]

2. De nationale tilsynsmyndigheder fremmer konkurrencen inden for udbud af elektroniske kommunikationsnet, elektroniske kommunikationstjenester og dertil hørende faciliteter og tjenester ved bl.a. at:

[…]

b) sikre, at der i sektoren for elektronisk kommunikation hverken hersker konkurrenceforvridning eller -begrænsning, herunder hvad angår transmission af indhold

[…]

d) tilskynde til en effektiv udnyttelse og sikre en effektiv forvaltning af radiofrekvenser og nummerressourcer.«

13. Endelig indeholder artikel 9 i direktiv 2002/21 følgende bestemmelser om »Forvaltning af radiofrekvenser til elektroniske kommunikationstjenester«:

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

Når medlemsstaterne anvender denne artikel, overholder de relevante internationale aftaler, herunder ITU's radioreglement, og kan tage hensyn til almene interesser.

[…]

3. Medmindre andet gælder i medfør af andet afsnit, sikrer medlemsstaterne, at alle typer teknologi, der anvendes til elektroniske kommunikationstjenester, kan anvendes i de frekvensbånd, der er erklæret til rådighed for elektroniske kommunikationstjenester i deres nationale frekvensplan og i overensstemmelse med fællesskabsretten.Medlemsstaterne kan dog fastsætte forholdsmæssigt afpassede og ikke-diskriminerende begrænsninger for, hvilke typer af teknologi i forbindelse med radionet eller trådløs adgang der anvendes til elektroniske kommunikationstjenester, hvor dette er nødvendigt for at:

a) undgå skadelig interferens

[…]

e) sikre effektiv udnyttelse af frekvenserne eller

f) sikre opfyldelse af en almennyttig målsætning i overensstemmelse med stk. 4.

4. Medmindre andet gælder i medfør af andet afsnit, sikrer medlemsstaterne, at alle typer elektroniske kommunikationstjenester kan udbydes i de frekvensbånd, der er erklæret til rådighed for elektroniske kommunikationstjenester i deres nationale frekvensplan i overensstemmelse med fællesskabsretten. Medlemsstaterne kan dog fastsætte forholdsmæssige og ikke-diskriminerende begrænsninger for, hvilke typer elektroniske kommunikationstjenester der kan udbydes, herunder om nødvendigt for at opfylde en forpligtelse under ITU-radioreglementet.

[…]«

B. Tilladelsesdirektivet (direktiv 2002/20)

14. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2002/20 indeholder følgende bestemmelse om »Generelle tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester«:

»Medlemsstaterne sikrer fri adgang til at udbyde elektroniske kommunikationsnet og -tjenester på de i dette direktiv omhandlede vilkår. […]«

15. I artikel 5 i direktiv 2002/20 findes bl.a. disse bestemmelser om »Brugsret til radiofrekvenser og numre«:

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

– undgå skadelig interferens

– sikre tjenesters tekniske kvalitet

– sikre effektiv udnyttelse af frekvenserne eller

– opfylde andre almennyttige målsætninger, som medlemsstaterne definerer i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen.

2. Hvor det er nødvendigt at tildele individuelle brugsrettigheder til radiofrekvenser og numre, tildeler medlemsstaterne efter anmodning sådanne rettigheder til enhver virksomhed med henblik på udbud af net eller tjenester i henhold til den generelle tilladelse, der er omhandlet i artikel 3, med forbehold af artikel 6 og 7 og artikel 11, stk. 1, litra c), i dette direktiv, og andre regler til sikring af en effektiv anvendelse af disse ressourcer i overensstemmelse med direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet).

Med forbehold af særlige kriterier og procedurer, som medlemsstaterne fastsætter for tildeling af brugsret til radiofrekvenser til udbydere af radio- eller tv-indholdstjenester med henblik på at forfølge almennyttige målsætninger under overholdelse af fællesskabsretten, tildeles brugsrettighederne til radiofrekvenser og numre gennem åbne, objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssigt afpassede procedurer, og, for så vidt angår radiofrekvenser, i overensstemmelse med artikel 9 i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet). Der kan gøres undtagelse fra kravet om åbne procedurer, hvor det er nødvendigt, at en udbyder af radio- eller tv-indholdstjenester tildeles individuelle brugsrettigheder til radiofrekvenser, for at udbyderen kan opfylde en almennyttig målsætning, som medlemsstaterne har fastlagt i overensstemmelse med fællesskabsretten.

[…]

4. […]

Artikel 7 finder anvendelse på konkurrenceprægede eller sammenlignende udvælgelsesprocedurer for radiofrekvenser.

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

6. De kompetente nationale myndigheder sikrer, at radiofrekvenserne udnyttes effektivt og virkningsfuldt […].«

16. Om »Procedure for begrænsning af det antal brugsrettigheder til radiofrekvenser, der vil blive tildelt« fastsættes følgende i artikel 7 i direktiv 2002/20:

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

[…]

b) give alle interesserede parter, bl.a. brugere og forbrugere, lejlighed til at tilkendegive deres holdning til eventuelle begrænsninger i henhold til artikel 6 i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet)

[…]

3. Hvis det er nødvendigt at begrænse tildelingen af brugsrettigheder til radiofrekvenser, tildeler medlemsstaterne sådanne rettigheder på grundlag af udvælgelseskriterier, som skal være objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssigt afpassede. Alle udvælgelseskriterier af denne art skal i fornødent omfang tilgodese opfyldelsen af målene i artikel 8 i direktiv 2002/21/EF (rammedirektivet) og af kravene i samme direktivs artikel 9.

4. Hvis der bruges konkurrenceprægede eller sammenlignende udvælgelsesprocedurer, kan medlemsstaterne forlænge den i artikel 5, stk. 3 omhandlede maksimumperiode på seks uger så meget, som det måtte være nødvendigt for at sikre, at sådanne procedurer er retfærdige, rimelige, åbne og transparente for alle interesserede parter, dog højst med otte måneder.

[…]«

C. Konkurrencedirektivet (direktiv 2002/77)

17. Artikel 2 i direktiv 2002/77 har overskriften »Eksklusive og særlige rettigheder til elektroniske kommunikationsnet og elektroniske kommunikationstjenester« og indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»[…]

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

[…]

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

[…]«

18. Endelig indeholder artikel 4 i direktiv 2002/77 disse bestemmelser om »Rettigheder til brug af frekvenser«:

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

[…]

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

III. De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

19. Overgangen fra analogt til digitalt tv i Italien krævede en procedure for tildelingen af de nye digitale sendefrekvenser, som er stærkere end de analoge [11]. Til dette formål vedtog AGCOM den 7. april 2009 beslutning nr. 181/09/CONS [12], hvori myndigheden fastsatte kriterierne for den fuldstændige digitalisering af de jordbaserede net og samtidig fastlagde en mekanisme for tildelingen af frekvenserne til dette formål. Denne beslutning blev vedtaget på baggrund af en verserende traktatbrudssag [13], hvormed Europa-Kommissionen gjorde gældende, at Italien ved tildelingen af sine digitale frekvenser ikke måtte foretrække udbyderne af analoge tv-stationer, som allerede var aktive på markedet.

11 – En af de store fordele ved digitalt tv er, at der – til forskel fra analogt fjernsyn – kan overføres flere programmer i et og samme frekvensområde.

12 – Denne beslutning fik lovkraft ved lovdekret (Decreto-legge) nr. 59/2008, sammenholdt med lov nr. 101/2008.

13 – Jf. fodnote 2 ovenfor.

20. Det var nu planen at fordele digitale frekvenser i form af 21 såkaldte multiplexer til landsdækkende jordbaseret transmission [14]. En multiplex gør det muligt at samle forskellige audio-, video- og datasignaler til en samlet datastrøm, hvorved udnyttelsen af de tilgængelige frekvenser og ledninger optimeres.

21. For at sikre en retfærdig fordeling af disse digitale multiplexer, hvor der ikke kun blev taget hensyn til de hidtidige operatører af analoge tv-stationer, men også til dem, som allerede tidligere havde investeret i etableringen af digitale net, samt desuden til dem, der ønskede at komme ind på dette marked som nye aktører, blev de 21 enheder opdelt i tre grupper, som skulle tildeles efter forskellige kriterier. Desuden blev det fastsat som loft, at ingen netoperatør alene måtte råde over mere end fem multiplexer i alt. Et sådant loft på fem multiplexer havde Kommissionen også krævet i traktatbrudssagen.

22. Konkret skulle tildelingen af de nævnte 21 multiplexer foretages som følger:

– I en *første gruppe* var otte multiplexer forbeholdt ændringen af eksisterende analoge tv-net til digitale tv-net. Dette skulle ske på grundlag af en retfærdig tildeling, hvor der skulle tages hensyn til kontinuiteten i tv-udbuddet. Enhver hidtidig udbyder af analogt tv skulle således have tildelt mindst en multiplex, idet udbydere med flere analoge stationer dog hver skulle have en multiplex mindre end antallet af deres analoge stationer. På denne måde fik bl.a. Rai og Mediaset, som hidtil hver havde drevet tre analoge tv-stationer, hver to multiplexer, hvorimod TIMB, som hidtil havde to analoge tv-stationer i sortimentet, fik en multiplex. Rete A og yderligere to netoperatører fik ligeledes hver en multiplex.

– I en *anden gruppe* skulle otte multiplexer tildeles de netoperatører, som havde investeret i etableringen af digitale net. Derved fik Rai, Mediaset og TIMB hver yderligere to multiplexer, mens Rete A og en anden netoperatør fik hver en multiplex.

– I en *tredje gruppe* skulle endelig de resterende fem multiplexer, som også betegnes som »digitaliseringsdividenden« [15], som ekstra, nye frekvenser fordeles efter objektive, transparente, forholdsmæssige og ikke-diskriminerende kriterier.

23. I den foreliggende sag vedrører tvisten i hovedsagen kun en del af disse multiplexer, nemlig dem i den tredje gruppe. Det var oprindeligt planen at tildele dem uden vederlag og i en udbudsprocedure, den såkaldte *beauty contest* [16], til de bedst egnede erhvervsdrivende. Reglerne for denne udbudsprocedure blev efter en offentlig høring endeligt vedtaget af AGCOM ved beslutning nr. 497/10/CONS af 22. september 2010.

24. Den egentlige udbudsprocedure begyndte med bekendtgørelsen af 8. juli 2011, idet fristen for at indsende ansøgninger var sat til den 7. september 2011. Europa Way indsendte en ansøgning om en multiplex, som ingen andre virksomheder ansøgte om. Persidera (tidligere TIMB) ansøgte, enten alene eller i konkurrence med andre erhvervsdrivende [17], om i alt tre multiplexer.

14 – Nogle procesdeltagere har omtalt i alt 22 multiplexer, og den forelæggende ret har i sit fjerde spørgsmål (jf. nedenfor, punkt 29 i dette forslag til afgørelse) sågar henvist til 25 henholdsvis 22 »net«. Disse uoverensstemmelser har imidlertid ikke betydning for den foreliggende præjudicielle anmodning. Ikke mindst af hensyn til sammenhængen med de faktiske omstændigheder, der er blevet meddelt Domstolen i sag C-112/16, holder jeg mig i dette forslag til afgørelse til tallet 21.

15 – Om begrebet digitaliseringsdividende henvises til fodnote 5 ovenfor.

16 – »Skønhedskonkurrence«.

17 – Det fremgår af sagens akter, at Persidera indsendte fælles ansøgninger om to partier i forbindelse med udbudsproceduren sammen med henholdsvis RAI og Elettronica Industriale (Mediaset).

25. Endnu før tildelingen suspenderede det italienske ministerium for økonomisk udvikling imidlertid denne udbudsprocedure uden vederlag ved dekret af 20. januar 2012. Efterfølgende vedtoges lovdekret (Decreto-legge) nr. 16/2012[18], hvis artikel 3d[19] for det første erklærede den allerede udsatte udbudsprocedure uden vederlag for ugyldig og for det andet fastsatte en ny frekvenstildeling gennem en offentlig udbudsprocedure mod vederlag inden 120 dage på grundlag af en procedure, som skulle fastsættes af AGCOM. Desuden skulle deltagerne i den ikke fuldførte udbudsprocedure uden vederlag have godtgørelse.

26. Derefter vedtog AGCOM den 11. april 2013 – igen efter offentlig høring og efter at have rådført sig med Europa-Kommissionen – beslutning nr. 277/13/CONS med reglerne for den nye udbudsprocedure. I denne beslutning blev bl.a. antallet af multiplexer, der skulle fordeles, fastsat til tre, og det blev bestemt, at netoperatører, som allerede var indehavere af tre eller flere multiplexer, var udelukket fra at deltage i udbudsproceduren.

27. Den nye procedure blev indledt ved bekendtgørelse af 12. februar 2014. Kun en enkelt erhvervsdrivende, Cairo Network[20], deltog i proceduren og fik den 31. juli 2014 tildelt en multiplex. Hverken Europa Way eller Persidera deltog i den nye udbudsprocedure. Det fremgår af sagens akter, at dette for Persideras vedkommende skyldtes, at denne virksomhed allerede rådede over mere end tre multiplexer.

28. Europa Way og Persidera anlagde sag ved Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio[21] (TAR) for at få prøvet beslutningen om at erklære den første udbudsprocedure for ugyldig, men fik ikke medhold[22]. Sagen verserer nu for Consiglio di Stato[23], den forelæggende ret, som Europa Way og Persidera har appelleret afgørelsen til.

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

29. Ved kendelse af 11. juni 2015, modtaget den 30. oktober 2015, har Consiglio di Stato udsat sagen og i henhold til artikel 267 TEUF forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Udgør det anfægtede lovgivningsindgreb og de gennemførelsesretsakter, som følger heraf, en tilsidesættelse af de regler, hvorefter tilsyn med tv-markedet tilkommer en uafhængig administrativ myndighed (artikel 3 og 8 i direktiv 2002/21/EF […], som ændret ved direktiv 2009/140/EF)?

2) Udgør det anfægtede lovgivningsindgreb og de gennemførelsesretsakter, som følger heraf, en tilsidesættelse af de bestemmelser (artikel 7 i direktiv 2002/20/EF […] og artikel 6 i direktiv 2002/21/EF […]), hvorefter den uafhængige nationale tilsynsmyndighed for sektoren først skal gennemføre en offentlig høring?

3) Er EU-retten, og navnlig artikel 56 TEUF, artikel 9 i direktiv 2002/21/EF […], artikel 3, 5 og 7 i direktiv 2002/20/EF […], artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77/EF […], princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet, effektivitetsprincippet og princippet om alsidig information, til hinder for annullation af en såkaldt *beauty contest*-procedure – der blev afholdt med henblik på inden for ordningen om tildeling af digitale tv-frekvenser at afhjælpe ulovlig udelukkelse af operatører på

18 – Dette lovdekret fik permanent lovkraft i henhold til lov nr. 44/2012.

19 – Specielt bestemmelsen i artikel 3d er indføjet af det italienske parlament selv i forbindelse med proceduren med at ændre lovdekretet til en lov.

20 – Cairo Network driver i dag i Italien tv-stationen »La 7«.

21 – Forvaltningsdomstolen for regionen Lazio.

22 – Jf. domme nr. 9981/2014 og 9982/2014 afsagt af Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio den 25.9.2014.

23 – Øverste domstol i forvaltningsretlige sager.

markedet og muliggøre adgang for mindre operatører – og erstatning heraf med en anden [udvælgelsesprocedure] mod vederlag, hvori deltagerne skulle opfylde krav og forpligtelser, som tidligere ikke var blevet pålagt de veletablerede operatører (*incumbents*), hvilket gjorde konkurrencen byrdefuld og økonomisk [ufordelagtig]?

4) Er EU-retten, og navnlig artikel 56 TEUF, artikel 9 i direktiv 2002/21/EF […], artikel 3, 5 og 7 i direktiv 2002/20/EF […], artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77/EF […], artikel 258 TEUF, princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet, effektivitetsprincippet og princippet om alsidig information, til hinder for ændring af den nationale frekvensplan i form af reduktion af antallet af nationale net fra 25 til 22 (idet de veletablerede operatører kunne fastholde samme tilgængelighed af multiplexer), reduktion af antallet af [udvælgelsesprocedurens] [multiplexer] til 3 multiplexer og tildeling af frekvenser i VHF-III-båndet, hvor risikoen for interferenser er stor?

5) Er den beslutning om annullation af den såkaldte *beauty contest*-procedure, hvorefter appellanterne – der tidligere havde fået adgang til at deltage i [udvælgelsesproceduren] uden vederlag – ikke kunne regne med at få tildelt nogle af [udvælgelsesprocedurens] partier, forenelig med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som udarbejdet i Domstolens praksis?

6) Er vedtagelsen af en bestemmelse såsom artikel 3d i lovdekret nr. 16/2012, som ikke er i overensstemmelse med radio- og tv-markedets specifikke egenskaber, forenelig med de EU-retlige bestemmelser om tildeling af brugsrettigheder til frekvenser (artikel 8 og 9 i direktiv 2002/21/EF […], artikel 5 og 7 i direktiv 2002/20/EF […] og artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77/EF […])?«

30. I proceduren for Domstolen har Europa Way, Persidera, RAI, Elettronica Industriale [24], Cairo Network, den italienske regering og Europa-Kommissionen afgivet skriftlige indlæg. De samme procesdeltagere var også repræsenteret i retsmødet den 2. februar 2017, som blev afholdt umiddelbart før retsmødet i sag C-112/16.

V. Bedømmelse

A. Formaliteten med hensyn til den præjudicielle anmodning

31. Hvad angår spørgsmålet, om denne præjudicielle anmodning kan antages til realitetsbehandling, er der ikke behov for en indgående diskussion af den af Elettronica Industriale fremsatte kritik af, at den forelæggende ret direkte har forelagt Domstolen spørgsmål vedrørende den nationale rets – navnlig artikel 3d i lovdekret nr. 16/2012 – forenelighed med EU-retten. Her er det tilstrækkeligt at henvise til, at Domstolen ganske vist ikke har kompetence til i forbindelse med en præjudiciel anmodning at bedømme nationale retsnormers forenelighed med EU-retten eller fortolke nationale bestemmelser. Der er imidlertid intet, der ved således formulerede præjudicielle spørgsmål hindrer Domstolen i at forsyne den forelæggende ret med alle under EU-retten henhørende fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at afgøre hovedsagen [25].

32. I det følgende vil jeg behandle nogle yderligere formalitetsindsigelser, som procesdeltagerne har fremført. De vedrører alle de oplysninger, som det kan forventes, at en forelæggende ret fremkommer med i forelæggelsesafgørelsen.

24 – Elettronica Industriale er en del af Mediaset-koncernen. For Domstolen har virksomheden kun taget stilling til andet, tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål.

25 – Fast retspraksis; jf., blandt mange andre domme, dom af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 49-51).

33. I henhold til artikel 94 i Domstolens procesreglement [26] skal forelæggelsesafgørelsen, foruden det præjudicielle spørgsmål, tillige indeholde nødvendige oplysninger om den faktiske og retlige baggrund for tvisten i hovedsagen. Den forelæggende ret skal endvidere redegøre for sammenhængen mellem de EU-retlige bestemmelser, der skal fortolkes, og tvisten i hovedsagen samt give en fremstilling af grundene til, at den finder, at der er tvivl om fortolkningen eller gyldigheden af de pågældende bestemmelser. Ifølge retspraksis har oplysningerne om den faktiske og retlige baggrund en særlig betydning i konkurrenceretlige sager [27].

1. De primærretlige bestemmelser er ikke relevante for afgørelsen

34. For det første indeholder den præjudicielle anmodning i den foreliggende sag ingen oplysninger om, hvorvidt de primærretlige bestemmelser i artikel 56 TEUF og 258 TEUF anses for relevante for løsningen af tvisten i hovedsagen.

35. Specielt hvad angår artikel 56 TEUF skal det bemærkes, at intet element i tvisten i hovedsagen peger ud over en enkelt medlemsstats grænser, og at den forelæggende ret i dette tilfælde – til forskel fra, hvad der i sin tid var tilfældet i sagen Centro Europa 7 – ikke ønsker at henvise til den italienske forfatnings forbud mod diskriminering af italienske statsborgere [28]. Dermed fremgår det ikke, om Domstolen med den ønskede fortolkning af artikel 56 TEUF kan bidrage til at løse tvisten i hovedsagen.

36. Hvad angår artikel 258 TEUF er det tilstrækkeligt at henvise til, at denne er en ren procedurebestemmelse for de traktatbrudssager, der gennemføres ved Kommissionen og Domstolen, og at der ikke kan udledes hverken processuelle eller materielle regler for nationale instansers tildeling af tv-frekvenser af denne bestemmelse. Teoretisk kunne medlemsstaternes pligt til at gennemføre Domstolens domme i traktatbrudssager i henhold til artikel 260, stk. 1, TEUF være relevant, men der er endnu ikke afsagt en sådan traktatbrudsdom i forbindelse med tildelingen af tv-frekvenser i Italien.

37. Såfremt den forelæggende ret med sin nævnelse af artikel 258 TEUF i lyset af dommen i sagen Centro Europa 7 [29] hentyder til Den Italienske Republiks eventuelle pligt til at tilvejebringe en tilstand på tv-markedet, som er i overensstemmelse med EU-retten [30], kan Domstolen komme tilstrækkeligt ind på dette i forbindelse med sine bemærkninger til de tre direktiver 2002/20, 2002/21 og 2002/77. Dette kræver ikke en særskilt fortolkning af artikel 258 TEUF eller 260 TEUF.

38. Følgelig kan tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål ikke antages til realitetsbehandling, for så vidt som de sigter mod en fortolkning af artikel 56 TEUF og 258 TEUF.

26 – Nødvendigheden af at overholde procesreglementets artikel 94 har Domstolen f.eks. fremhævet i kendelse af 12.5.2016, Security Service m.fl. (C-692/15 – C-694/15, EU:C:2016:344, præmis 18). Allerede tidligere blev der i fast retspraksis formuleret tilsvarende formkrav for præjudicielle anmodninger; jf. blandt mange andre domme, dom af 24.4.2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, præmis 42), og af 21.12.2016, Vervloet m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, præmis 56 og 57).

27 – I denne retning kendelse af 8.10.2002, Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, præmis 21 og 22), samt dom af 26.1.1993, Telemarsicabruzzo m.fl. (C-320/90 – C-322/90, EU:C:1993:26, præmis 7), af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 58), af 21.11.2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, præmis 20), og af 13.2.2014, Airport Shuttle Express m.fl. (C-162/12 og C-163/12, EU:C:2014:74, præmis 38).

28 – Dom af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 64-71, navnlig præmis 69).

29 – Dom af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

30 – Kommissionens verserende traktatbrudssag (jf. herom ovenfor i fodnote 2) begrunder i sig selv ikke en retlig pligt for medlemsstaten til at træffe nationale foranstaltninger, så længe Domstolen ikke ved dom har fastslået, at der foreligger et traktatbrud, eller ved kendelse har fastsat foreløbige forholdsregler.

2. Ikke tilstrækkelige oplysninger om enkelte præjudicielle spørgsmål

39. Derudover skal det diskuteres, om den præjudicielle anmodning muligvis ikke kan antages til realitetsbehandling af den grund, at den indeholder for få oplysninger om den faktiske og retlige baggrund samt om relevansen for afgørelsen for så vidt angår nogle af de af den forelæggende ret stillede spørgsmål. Efter Italiens opfattelse mangler der sådanne oplysninger i forbindelse med tredje, fjerde og sjette spørgsmål. Elettronica Industriale er af den opfattelse, at andet, tredje og fjerde spørgsmål er utilstrækkeligt oplyst.

40. Med hensyn til disse formalitetsindsigelser er der efter min opfattelse behov for en nuanceret tilgang.

41. På den ene side er det klart, at Consiglio di Stato i hovedsagen skal bedømme, om den italienske lovgivers indgreb i en igangværende procedure under AGCOM til fordeling af digitaliseringsdividenden på tv-markedet var lovligt. Denne problematik er beskrevet på forståelig vis i forelæggelseskendelsen. Navnlig beskrives de faktiske og retlige baggrunde med tilstrækkelig præcision, og der er heller ikke tvivl om de hertil knyttede præjudicielle spørgsmåls (første til femte spørgsmål) betydning for afgørelsen. Dermed kan Domstolen give den forelæggende ret alle relevante oplysninger, som set fra et EU-retligt synspunkt giver denne mulighed for at løse tvisten i hovedsagen.

42. På den anden side nævnes der omstændigheder i de præjudicielle spørgsmål, som Domstolen selv ved en yderst velvillig læsning ikke kan ytre sig hensigtsmæssigt om, idet den præjudicielle anmodning ikke indeholder bare antydningen af en uddybning heraf. Det drejer sig for det første om Consiglio di Statos henvisning til »tildeling af frekvenser i VHF-III-båndet, hvor risikoen for interferenser er stor« (fjerde spørgsmål) samt for det andet om den forelæggende rets vurdering, at indholdet i artikel 3d i lovdekret nr. 16/2012 »ikke er i overensstemmelse med radio- og tv-markedets specifikke egenskaber« (sjette spørgsmål).

43. På denne baggrund er det min opfattelse, at fjerde spørgsmål delvis og sjette spørgsmål i sin helhed ikke kan antages til realitetsbehandling.

3. Foreløbigt resultat

44. Alt i alt kan tredje og fjerde spørgsmål således delvis ikke antages til realitetsbehandling. Desuden kan sjette spørgsmål i sin helhed ikke antages til realitetsbehandling. I øvrigt kan den præjudicielle anmodning derimod antages til realitetsbehandling.

B. Indholdsmæssig bedømmelse af de præjudicielle spørgsmål

45. Consiglio di Statos omfangsrige række af spørgsmål kredser i det væsentlige om ét og samme emne: Det ønskes oplyst, om det italienske ministerium for økonomisk udviklings og den italienske lovgivers indgreb i en igangværende procedure ved den nationale tilsynsmyndighed vedrørende tildeling uden vederlag af tv-frekvenser, samtidig med anordningen om at gennemføre en ny udvælgelsesprocedure mod vederlag, var foreneligt med EU-retten. Den forelæggende ret ønsker helt grundlæggende oplyst, om den italienske lovgiver har overtrådt diverse processuelle og materielle krav i de nye fælles rammebestemmelser, navnlig EU-rettens krav om de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

46. Jeg vil først drøfte problematikken med statslige instansers indgreb i en igangværende procedure, som var det centrale spørgsmål i såvel den skriftlige som den mundtlige procedure for Domstolen (se nedenfor, afsnit 1). Dernæst vil jeg behandle nogle yderligere processuelle spørgsmål, som blev anført af den forelæggende ret og procesdeltagerne (se nedenfor, afsnit 2). Som tredje og sidste punkt vil jeg behandle de materielle krav til den anden udbudsprocedure (se nedenfor, afsnit 3).

1. Statslige instansers indgreb i en national tilsynsmyndigheds igangværende procedure (første og femte præjudicielle spørgsmål)

47. To af den forelæggende rets spørgsmål omhandler problematikken med statslige instansers indgreb i den nationale tilsynsmyndighed AGCOM's igangværende procedure: for det første, femte spørgsmål om princippet om beskyttelse af den berettigede forventning (se nedenfor, afsnit b) og, for det andet, første spørgsmål om en national tilsynsmyndigheds kompetencer (se nedenfor, afsnit a). Jeg lægger til grund, at den fremgangsmåde, som den italienske minister for økonomisk udvikling samt den italienske lovgiver har anvendt i den foreliggende sag, i mindre grad er betænkelig med hensyn til beskyttelsen af den berettigede forventning, men derimod i højere grad med hensyn til tilsynsmyndighedens uafhængighed, som er garanteret ved EU-retten.

a) Tilsidesættelsen af den nationale tilsynsmyndigheds uafhængighed (første spørgsmål)

48. Princippet om de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed, som den forelæggende ret henviser til i sit første spørgsmål, har en fremtrædende betydning i de nye fælles rammebestemmelser – især efter de ændringer af EU-lovteksterne, som er foretaget ved direktiv 2009/140. Formålet med at oprette uafhængige tilsynsmyndigheder er nemlig at sikre, at der på området for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester varigt gennemføres et egentligt indre marked, hvor der er sørget for markedsåbning og fair konkurrence, og hvor mediernes pluralisme styrkes som en af de grundlæggende værdier for samlivet i et demokratisk samfund (jf. også artikel 11, stk. 2, i chartret om grundlæggende rettigheder).

49. Derfor er medlemsstaterne udtrykkeligt forpligtet til at garantere deres nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed[31] (artikel 3, stk. 2 og 3a, i direktiv 2002/21 samt 13. betragtning til direktiv 2009/140). Denne uafhængighed kommer ikke mindst til udtryk ved, at de nationale tilsynsmyndigheder ganske vist kan underlægges tilsyn (artikel 3, stk. 3a, andet punktum), men at de i forbindelse med udførelsen af de løbende opgaver ikke må modtage nogen form for instrukser (artikel 3, stk. 3a, første punktum), og deres afgørelser kun kan suspenderes eller omstødes af de kompetente klageinstanser efter en konkret klage (artikel 3, stk. 3a, tredje punktum, i direktiv 2002/21).

50. Ved suspensionen af AGCOM's første frekvensfordelingsprocedure uden vederlag, som blev anordnet af ministeriet for økonomisk udvikling, og afbrydelsen af proceduren, som senere blev vedtaget af den italienske lovgiver ved artikel 3d i lovdekret nr. 16/2012, greb to statslige instanser, som i henhold til de nye fælles rammebestemmelser ikke havde beføjelse til dette, ind i den nationale tilsynsmyndigheds igangværende procedure. Navnlig handlede hverken ministeriet eller lovgiver i den foreliggende sag som kompetent tilsynsmyndighed (artikel 3, stk. 3a, andet punktum, i direktiv 2002/21) eller som kompetent klageinstans efter en konkret klage (artikel 3, stk. 3a, tredje punktum, i direktiv 2002/21). Tværtimod gik begge instanser ind udefra og påvirkede proceduren, så vidt det fremgår ud fra rent politiske motiver. Det er imidlertid netop en sådan politisk motiveret indblanding udefra, en national tilsynsmyndigheds arbejde skal beskyttes mod ifølge ånden i de nye fælles rammebestemmelser (jf. herom endnu en gang andet punktum i 13. betragtning til direktiv 2009/140).

31 – Hvor langt denne uafhængighed for de nationale tilsynsmyndigheder rækker, fremgår eksemplarisk af dom af 3.12.2009, Kommissionen mod Tyskland (C-424/07, EU:C:2009:749, navnlig præmis 83, 91, 94, 99 og 106), hvor Domstolen flere gange har fremhævet disse myndigheders skønsbeføjelse og deres beføjelse til at foretage en afvejning mellem forskellige tilsynsmål.

51. Som en sidebemærkning kan det nævnes, at den foreliggende sag på ingen måde kan sammenlignes med de sager, hvor Domstolen har anerkendt muligheden for at tilbagekalde en udbudsprocedure, uden at denne mulighed er begrænset til undtagelsestilfælde eller nødvendigvis skal bero på vægtige grunde [32]. I de pågældende domme, som alle hører til området for offentlige kontrakter, var de omhandlede udbudsprocedurer blevet tilbagekaldt af den ordregivende myndighed selv, altså netop af den instans, som selvstændigt havde ansvaret for den pågældende procedure, og ikke – som i den foreliggende sag – af en anden, udenforstående instans.

52. Alt i alt fører en fremgangsmåde som den, det italienske ministerium for økonomisk rådgivning og den italienske lovgiver har anvendt, og hvorved den nationale tilsynsmyndigheds igangværende procedure først blev suspenderet og senere afbrudt, til en tilsidesættelse af denne tilsynsmyndigheds uafhængighed.

b) EU-rettens princip om beskyttelse af den berettigede forventning (femte spørgsmål)

53. Supplerende til det netop diskuterede første spørgsmål ønskes det med femte spørgsmål oplyst, om den italienske stat med sin afbrydelse af den første, uafsluttede procedure til fordeling af tv-frekvenserne fra digitaliseringsdividenden har tilsidesat EU-rettens princip om beskyttelse af den berettigede forventning.

54. Som Domstolen allerede har fremhævet flere gange, er princippet om beskyttelse af den berettigede forventning et af EU's grundprincipper [33]. Imidlertid forudsætter retten til at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, at præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer, der hidrører fra en pålidelig kilde med den nødvendige bemyndigelse, er fremsat over for den pågældende [34].

55. Dette er helt åbenlyst ikke tilfældet i den foreliggende sag. Deltagerne i den første udbudsprocedure, som senere blev erklæret for ugyldig, fik nemlig ingen form for tilsagn fra de kompetente italienske myndigheder, hvoraf det kunne udledes, at disse virksomheder ville få tildelt bestemte tv-frekvenser fra digitaliseringsdividenden. Navnlig indeholder den omstændighed, at en deltagers bud er blevet erklæret kvalificeret i modsætning til en ytring i en mundtlig forhandling ikke i sig selv et gyldigt udsagn om, hvorvidt denne deltager ved procedurens afslutning vil få tildelt kontrakten.

56. Det er muligt, at nogle af interessenterne – navnlig Europa Way, der som den eneste havde indsendt ansøgning om en af de pågældende multiplexer – på det pågældende tidspunkt kunne gøre sig seriøst håb om en tildeling. Så længe udbudsproceduren ikke var afsluttet, og tildelingerne ikke var foretaget, kunne disse rene forhåbninger imidlertid ikke udgøre en berettiget forventning om et bestemt resultat af proceduren. Deltagelse i en procedure giver nemlig ikke i sig selv en garanti og begrunder ikke en berettiget forventning om, at man vil gå ud af proceduren med et positivt resultat.

57. I et tilfælde som det foreliggende kan der således ikke gøres kritikpunkter gældende med støtte i, at det EU-retlige princip om beskyttelse af den berettigede forventning er tilsidesat.

32 – Dom af 16.9.1999, Fracasso og Leitschutz (C-27/98, EU:C:1999:420, præmis 25), af 18.6.2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, præmis 40), og af 11.12.2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, præmis 31).

33 – Dom af 5.5.1981, Dürbeck (112/80, EU:C:1981:94, præmis 48), og af 24.3.2011, ISD Polska m.fl. (C-369/09 P, EU:C:2011:175, præmis 122).

34 – Dom af 14.6.2016, Marchiani mod Parlamentet (C-566/14 P, EU:C:2016:437, præmis 77), og af 19.7.2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, præmis 62). Jf. desuden dom af 22.6.2006, Belgien og Forum 187 mod Kommissionen (C-182/03 og C-217/03, EU:C:2006:416, præmis 147), og af 16.12.2008, Masdar (UK) mod Kommissionen (C-47/07 P, EU:C:2008:726, præmis 81 og 86).

2. Nogle yderligere processuelle problemer (andet præjudicielle spørgsmål)

58. Nogle processuelle krav i de nye fælles rammebestemmelser tematiseres med Consiglio di Statos andet spørgsmål, men også med visse aspekter af første spørgsmål. Med disse spørgsmål ønskes det oplyst, om en lovgivningsforanstaltning som artikel 3d i lovdekret nr. 16/2012 udgør en tilsidesættelse af det EU-retlige krav om en forudgående offentlig høring (se nedenfor, afsnit a), samt om den italienske lovgiver ved denne lejlighed varetog tilsynsopgaver, som ifølge de nye fælles rammebestemmelser er forbeholdt de nationale tilsynsmyndigheder (se nedenfor under afsnit b).

a) Kravet om forudgående offentlig høring

59. Den offentlige høring, som Consiglio di Stato har henvist til i det andet præjudicielle spørgsmål, er i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 2002/20, sammenholdt med artikel 6 i direktiv 2002/21, foreskrevet i tilfælde, hvor en medlemsstat overvejer, om den skal begrænse det antal brugsrettigheder til radiofrekvenser, der skal tildeles. Alle interesserede parter, herunder brugere og forbrugere, skal høres.

60. Det står fast, at den anden, nye udbudsprocedure i forhold til den første udbudsprocedure, som blev erklæret ugyldig, omhandlede færre tv-frekvenser, nemlig kun tre digitale multiplexer i stedet for de oprindeligt udbudte fem. Dermed skete der en begrænsning af det antal brugsrettigheder til radiofrekvenser, der skulle tildeles, som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 2002/20, hvilket gjorde det nødvendigt at gennemføre en offentlig høring i henhold til artikel 6 i direktiv 2002/21.

61. Det fremgår imidlertid af sagens akter, og dette blev bekræftet i retsmødet, at det ikke var den italienske lovgiver selv, der med artikel 3d i lovdekret nr. 16/2012 foretog denne begrænsning af antallet af multiplexer, der skulle tildeles, men derimod AGCOM i forbindelse med den konkrete gennemførelse af anden udbudsprocedure.

62. Til forskel fra hvad Kommissionen synes at mene, udgør fastsættelsen af vederlag i forbindelse med den nye frekvenstildeling fra lovgivers side ikke en begrænsning af *antallet* af de tilgængelige frekvenser, som er det eneste, artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 2002/20 fastsætter en høringspligt i henhold til artikel 6 i direktiv 2002/21 for.

63. Derfor påhvilede høringspligten i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 2002/20, sammenholdt med artikel 6 i direktiv 2002/21, ikke lovgiver, men kun AGCOM, og myndigheden opfyldte – så vidt det kan ses af beskrivelsen af de faktiske omstændigheder i forelæggelsesafgørelsen – også denne pligt forud for sin beslutning nr. 277/13/CONS [35].

64. Der er således intet, der tyder på en tilsidesættelse af den nævnte EU-retlige høringspligt.

b) Den nationale lovgivers angivelige udøvelse af tilsynsopgaver

65. Desuden skal det i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål også undersøges, om den italienske lovgiver ved anordningen af en ny udbudsprocedure mod vederlag selv udførte en national tilsynsmyndigheds opgaver.

35 – Jf. ovenfor, punkt 26 i dette forslag til afgørelse.

66. En sådan fremgangsmåde ville i det hele taget kun være lovlig inden for meget snævre grænser, som Domstolen bl.a. har fastslået i Base-dommen [36]. Endnu mindre, ja sågar ikke-eksisterende, må det EU-retlige spillerum for den nationale lovgivers varetagelse af tilsynsopgaver være efter ikrafttrædelsen af ændringsdirektivet 2009/140, hvor det i præamblen præciseres, at »en instans, der medvirker i den nationale lovgivningsproces, [er] uegnet til at fungere som tilsynsmyndighed under regelsættet«, da der ellers er grund til at frygte politisk pres og indflydelse udefra på udførelsen af tilsynsopgaverne [37].

67. Begrebet *tilsynsopgaver*, som en eller flere nationale tilsynsmyndigheder skal varetage [jf. artikel 2, litra g), i direktiv 2002/21] [38], er ikke defineret generelt nogetsteds i direktiverne under de nye fælles rammebestemmelser. Det er dog klart, at det på ingen måde er *alle* de opgaver og pligter, der skal udføres på nationalt plan på grundlag af disse rammebestemmelser, der nødvendigvis skal overføres til tilsynsmyndigheden.

68. Ganske vist kan der i direktiverne findes talrige bestemmelser, som specielt omhandler de nationale tilsynsmyndigheders virke og de opgaver, der er forbeholdt dem (jf., blandt mange bestemmelser, artikel 3, stk. 1, 3 og 3a, artikel 6, stk. 1, og artikel 8, stk. 1, sidste afsnit, og stk. 2, i direktiv 2002/21). Mindst lige så mange bestemmelser er imidlertid helt generelt rettet til »medlemsstaterne«, som inden for rammerne af deres institutionelle autonomi [39] selv kan afgøre, hvilken national instans de vil overdrage udførelsen af de pågældende opgaver til.

69. I denne forbindelse skal især nævnes artikel 9, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/21, som helt generelt pålægger *medlemsstaterne* – og ikke specielt de *nationale tilsynsmyndigheder* eller de *kompetente nationale myndigheder* – at sikre, at radiofrekvenserne til elektroniske kommunikationstjenester forvaltes effektivt, under behørig hensyntagen til det forhold, at radiofrekvenser er et offentligt gode, som har en vigtig social, kulturel og økonomisk værdi (jf. også 21. betragtning til direktiv 2002/21).

70. Mens den nationale lovgiver under hensyntagen til samtlige EU-retlige bestemmelser skal definere den generelle ramme for at etablere og drive elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, påhviler det de nationale tilsynsmyndigheder inden for denne ramme at træffe konkrete afgørelser i enkeltsager, bilægge tvister og ved forhåndsregulering at fastlægge detaljerne vedrørende sådanne net og tjenesters funktion (jf. i denne retning også artikel 3, stk. 3a, i direktiv 2002/21 samt andet punktum i 13. betragtning til direktiv 2009/140).

71. Beslutningen om, hvorvidt digitale tv-frekvenser i en medlemsstat skal tildeles gratis eller mod vederlag, er imidlertid ikke en sådan konkret afgørelse i en enkeltsag og heller ikke en detalje vedrørende de berørte kommunikationsnets og -tjenesters funktion, men derimod en principiel politisk beslutning, hvor de nationale instanser ikke mindst skal tage behørigt hensyn til disse frekvensers høje økonomiske værdi (jf. artikel 9, stk. 1, første punktum, og 21. betragtning til direktiv 2002/21).

72. Som den italienske regering og Cairo Network med rette har fremhævet, hører en sådan principiel beslutning ikke til tilsynsopgaverne som defineret i artikel 2, litra g), i direktiv 2002/21. Den kunne derfor træffes af den nationale lovgiver og skulle ikke nødvendigvis forbeholdes den nationale tilsynsmyndighed AGCOM.

36 – Jf. hertil dom af 6.10.2010, Base m.fl. (C-389/08, EU:C:2010:584, præmis 26-30).

37 – 13. betragtning, tredje punktum, til direktiv 2009/140.

38 – Om muligheden for at overdrage tilsynsopgaver til flere nationale instanser inden for rammerne af medlemmernes institutionelle autonomi henvises til dom af 6.3.2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, EU:C:2008:143, præmis 18, 19 og 24), af 6.10.2010, Base m.fl. (C-389/08, EU:C:2010:584, præmis 26), af 17.9.2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, præmis 53), og af 19.10.2016, Ormaetxea Garai og Lorenzo Almendros (C-424/15, EU:C:2016:780, præmis 30).

39 – Om medlemsstaternes institutionelle autonomi henvises til 11. betragtning til direktiv 2002/21.

3. De materielretlige krav til den anden udbudsprocedure (tredje, fjerde og sjette præjudicielle spørgsmål)

73. Med sit tredje, fjerde og sjette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den italienske lovgivers annullation af den første udbudsprocedure og navnlig den efterfølgende gennemførelse af en anden udbudsprocedure på grundlæggende ændrede betingelser er forenelig med diverse materielretlige bestemmelser og principper i EU-retten.

74. Nogle af disse spørgsmål kan, som jeg har redegjort for ovenfor [40], helt eller delvis ikke antages til realitetsbehandling. Derfor behandler jeg dem i det følgende kun subsidiært. Desuden anser jeg det i lyset af de mange indholdsmæssige overlapninger mellem de nævnte spørgsmål for hensigtsmæssigt at behandle dem samlet og koncentrere diskussionen om de centrale elementer i de rejste retlige problemer.

75. I det væsentlige ønsker Consiglio di Stato oplyst, om den italienske stat overtrådte de nævnte bestemmelser, da den gennemførte en ny udbudsprocedure mod vederlag til fordeling af digitaliseringsdividenden og samtidig reducerede antallet af digitale multiplexer til fordeling i forhold til den annullerede oprindelige udbudsrunde fra fem til tre.

76. De indholdsmæssige bestemmelser om tildelingen af tv-frekvenser findes primært i diverse afledte bestemmelser i de nye fælles rammebestemmelser, især artikel 8 og 9 i direktiv 2002/21, artikel 3, 5 og 7 i direktiv 2002/20 samt artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77. Alle disse bestemmelser udtrykker, at medlemsstaterne har en vis frihed i forbindelse med frekvenstildelingen, som de dog skal udøve under overholdelse af de almindelige EU-retlige principper om ikke-diskriminering, gennemsigtighed og proportionalitet, idet de også skal sørge for en effektiv administration og udnyttelse af frekvenserne samt tage behørigt hensyn til mediernes pluralisme.

a) Tildeling mod vederlag i forbindelse med den anden udbudsprocedure

77. Det centrale spørgsmål i tvisten mellem procesdeltagerne, som tematiseres i tredje og sjette præjudicielle spørgsmål, er spørgsmålet om frekvenstildelingen mod vederlag i forbindelse med den nye, anden udbudsprocedure, efter at den italienske lovgiver havde erklæret den foregående første udbudsprocedure for ugyldig, før den kunne afsluttes. Mens Europa Way og Persidera anser den nuværende tildeling af tv-frekvenser for at være i strid med EU-retten, indtager alle andre procesdeltagere det modsatte synspunkt.

– Principielt intet EU-retligt krav om vederlagsfrihed

78. Som det korrekt fremhæves navnlig af Kommissionen, er der ingen bestemmelser i de nye fælles rammebestemmelser, som obligatorisk fastsætter, at tildelingen af tv-frekvenser skal ske vederlagsfrit og alene på grundlag af ansøgernes egnethed (f.eks. ved hjælp af en »beauty contest«). Tværtimod er henvisningen til »konkurrenceprægede eller sammenlignende udvælgelsesprocedurer« i artikel 5, stk. 4, og i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2002/20 tilstrækkeligt åbent formuleret til at kunne omfatte såvel vederlagsfrie udvælgelsesmodeller som modeller mod vederlag.

79. En frekvenstildeling *mod vederlag* er på ingen måde fjerntliggende, såfremt man desuden tager den EU-retlige bestemmelse i artikel 9, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/21 i betragtning, hvorefter medlemsstaterne skal tage behørigt hensyn til, at radiofrekvenser er et offentligt gode, som har en vigtig social, kulturel *og økonomisk værdi* [41].

40 – Jf. ovenfor punkt 33-44 i dette forslag til afgørelse.

41 – I denne retning dom af 10.3.2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, præmis 27).

80. Ved udformningen af rammebetingelserne for en frekvenstildeling mod vederlag skal der naturligvis også tages hensyn til EU-lovgivers øvrige værdibestemmelser, især konkurrencetanken. Et af de grundlæggende formål med de nye fælles rammebestemmelser er nemlig at fremme konkurrencen (jf. navnlig artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 2002/20 samt artikel 8, stk. 2, i direktiv 2002/21)[42] og at undgå konkurrenceforvridninger på området for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester [jf. navnlig artikel 5, stk. 6, i direktiv 2002/20 og artikel 8, stk. 2, litra b), i direktiv 2002/21], sammenholdt med bestræbelser for at fremme mediernes pluralisme (jf. herom artikel 8, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 9, stk. 4, andet afsnit, litra d), og sjette betragtning til direktiv 2002/21 samt artikel 11, stk. 2, i chartret om grundlæggende rettigheder). Konkurrencetanken og mediernes pluralisme afspejles helt konkret i den EU-retligt garanterede frie adgang til at udbyde elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (artikel 3, stk. 1, i direktiv 2002/20 og artikel 2, stk. 2, i direktiv 2002/77).

81. På denne baggrund skal vederlaget for tildeling af digitale tv-frekvenser og et eventuelt mindstebud ved auktionen over sådanne frekvenser være moderat, således at virksomheder, som i forvejen er aktive på tv-markedet, og virksomheder, som agter at etablere sig på dette marked, uafhængigt af deres størrelse har tilstrækkelige finansielle ressourcer til at investere i de nødvendige teknologier og give adgang til indhold af høj kvalitet[43]. Desuden skal den nationale tilsynsmyndighed sikre, at kun virksomheder, som målt ud fra objektive, gennemsigtige, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige kriterier garanterer, at de er egnede og pålidelige operatører af elektroniske kommunikationsnet på et mediemarked præget af konkurrence og pluralisme, deltager i en sådan udbudsprocedure.

82. Det kan imidlertid ikke lægges til grund, at konkurrence og pluralisme på tv-markedet kun kan sikres ved en frekvenstildeling uden vederlag[44].

83. Navnlig kan der ikke af de nye fælles rammebestemmelser udledes nogen form for *forpligtelse* for Italien til at undlade at opkræve et vederlag for tildelingen af digitale frekvenser. Et andet resultat følger heller ikke af den omstændighed, som fremhæves af den forelæggende ret og flere procesdeltagere, at den her omtvistede fordeling af digitaliseringsdividenden i sidste ende tjener til at rette op på tilstande i strid med EU-retten i Italien, som det er blevet fremhævet af Domstolen i dommen i sagen Centro Europa 7[45] samt af Kommissionen i den verserende traktatbrudssag[46]. Ved opfyldelsen af deres pligt til at bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af EU-retten til ophør[47] bevarede de kompetente italienske instanser nemlig retten til at vælge, hvilke foranstaltninger der skulle træffes[48], hvilket omfattede mere end kun én handlemulighed – og dermed også andre muligheder end den vederlagsfri frekvenstildeling.

42 – Jf. også dom af 23.4.2015, Kommissionen mod Bulgarien (C-376/13, EU:C:2015:266, præmis 69).

43 – I denne retning dom af 10.3.2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, præmis 28), og af 21.3.2013, Belgacom m.fl. (C-375/11, EU:C:2013:185, præmis 50 og 51).

44 – Jf. herom også dom af 10.3.2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, præmis 29), hvorefter der ved en for lavt fastsat afgift er risiko for, at dette indvirker negativt på effektiviteten af anvendelsen af radiofrekvenser, der er en knap ressource.

45 – Dom af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

46 – Om denne traktatbrudssag henvises til fodnote 2 ovenfor og punkt 30 i nærværende forslag til afgørelse.

47 – Dom af 21.6.2007, Jonkman m.fl. (C-231/06 - C-233/06, EU:C:2007:373, præmis 37 og 38).

48 – Som Domstolen har fastslået i forbindelse med hasardspilskoncessioner, kan både tilbagekaldelse og omfordeling af de udstedte koncessioner og udbud af et passende antal nye koncessioner være egnede løsninger til at afhjælpe den ulovlige udelukkelse af bestemte erhvervsdrivende, i det mindste for fremtiden; jf. dom af 6.3.2007, Placanica (C-338/04, C-359/04 og C-360/04, EU:C:2007:133, præmis 63), af 16.2.2012, Costa (C-72/10 og C-77/10, EU:C:2012:80, præmis 52), og af 22.1.2015, Stanley International Betting og Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, præmis 35).

– Ingen diskrimination af nye netoperatører i forhold til gamle

84. Den forelæggende ret har også udtrykt bekymring for, at opkrævningen af et vederlag specielt for de her omtvistede tv-frekvenser fra den tredje gruppe af digitale multiplexer [49] kunne være diskriminerende over for nye netoperatører i forhold til de virksomheder, som i forvejen er aktive på markedet (de såkaldte *incumbents*), navnlig i forhold til de to største aktører på markedet, Rai og Mediaset. De sidstnævnte opnåede nemlig, som Europa Way og Persidera også har fremhævet, deres tv-frekvenser fra den første og anden gruppe uden at erlægge en finansiel modydelse på tidspunktet for erhvervelsen af disse brugsrettigheder.

85. Det EU-retlige princip om ligebehandling eller princippet om ikke-diskriminering [50], som nu også er forankret i artikel 20 og 21 i chartret om grundlæggende rettigheder, som desuden afspejles adskillige steder i de nye fælles rammebestemmelser [51], kræver ifølge fast retspraksis, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [52].

86. De faktiske omstændigheders ensartethed skal bl.a. bedømmes i lyset af den pågældende foranstaltnings indhold og formål. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som den pågældende retsakt henhører under, og de formål, der forfølges på det pågældende område [53].

87. I den foreliggende sag havde den vederlagsfrie tildeling af digitale tv-frekvenser fra første og anden gruppe til Rai og Mediaset det dobbelte formål at sikre kontinuiteten i tv-udbuddet i Italien og honorere allerede foretagne investeringer i den digitale teknologi [54]. Med hensyn til dette mål befinder de virksomheder, som allerede er aktive på tv-markedet, og de nye virksomheder på dette marked sig ikke i en ensartet situation.

88. På denne baggrund er der i hvert fald ikke på grundlag af de oplysninger, der foreligger for Domstolen, tilstrækkelige indikationer for en diskriminering mellem disse to grupper af virksomheder.

89. Det skal tilføjes, at ikke mindst sikringen af kontinuiteten i tv-udbuddet desuden udgør et mål af almen interesse, som principielt forekommer egnet til at berettige en eventuel forskelsbehandling, såfremt denne forskelsbehandling holder sig strengt inden for rammerne af, hvad der er nødvendigt under hensyntagen til konkurrencetanken og mediernes pluralisme, for at nå det nævnte mål på en sammenhængende og systematisk måde [55].

90. I denne forbindelse er det af interesse, at der i Italien opkræves årlige licensafgifter for benyttelsen af *alle* digitale tv-frekvenser [56]. De virksomheder, som var aktive på markedet allerede før overgangen til digitalt fjernsyn (*incumbents*), kan således i virkeligheden heller ikke benytte deres digitale frekvenser gratis, men yder periodiske betalinger til staten herfor. Omvendt foretages der for en netoperatør, som

49 – Om inddelingen af de tilgængelige frekvenser i tre grupper af digitale mulitiplekser, jf. ovenfor punkt 22 i dette forslag til afgørelse.

50 – Om disse begreber henvises til f.eks. dom af 12.9.2006, Eman og Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, præmis 57).

51 – Jf. navnlig artikel 9, stk. 1, andet punktum, i og 19. betragtning til direktiv 2002/21, artikel 5, stk. 2, andet afsnit, og artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/20, samt artikel 2, stk. 4, og artikel 4, nr. 2), i direktiv 2002/77.

52 – Dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 23), af 14.9.2010, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (C-550/07 P, EU:C:2010:512, præmis 54 og 55), og af 21.12.2016, Vervloet m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, præmis 74).

53 – . Dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 25 og 26), af 1.3.2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100, præmis 29), af 11.7.2013, Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 167) og af 6.11.2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, præmis 51).

54 – Jf. ovenfor, punkt 22 i dette forslag til afgørelse. Denne omstændighed blev i retsmødet fremhævet af flere procesdeltagere.

55 – Denne problematik behandler jeg mere udførligt i mit forslag til afgørelse af d.d. i den parallelle sag Persidera (C-112/16, punkt 63-72).

56 – Denne omstændighed blev af flere procesdeltagere fremhævet i såvel den skriftlige som den mundtlige procedure, uden at Europa Way og Persidera gjorde indsigelse.

har købt nye digitale frekvenser fra den tredje gruppe – digitaliseringsdividenden – en modregning af det af ham ydede vederlag i licensafgifterne for de efterfølgende år[57]. Under sådanne omstændigheder kan det lægges til grund, at tildelingen mod vederlag af de digitale tv-frekvenser fra den tredje gruppe ikke fører til en uforholdsmæssig forringelse af konkurrencetanken eller mediernes pluralisme.

b) Begrænsningen af antallet af tilgængelige digitale frekvenser

91. Foruden frekvenstildelingen mod vederlag blev det i forbindelse med sagen for Domstolen også drøftet, at der i den anden udbudsrunde var færre digitale multiplexer til fordeling end i den første runde, nemlig kun tre i stedet for de oprindelige fem. Dette aspekt strejfes i den forelæggende rets fjerde spørgsmål.

92. Det er lovligt at begrænse de tilgængelige frekvenser, hvis det er nødvendigt for at sikre effektiv udnyttelse af frekvenserne, sker på grundlag af objektive og transparente udvælgelseskriterier og under overholdelse af princippet om ikke-diskrimination og proportionalitetsprincippet (jf. navnlig artikel 9, stk. 3, andet afsnit, og stk. 4, i direktiv 2002/21 samt artikel 5, stk. 4, andet afsnit, stk. 5 og stk. 6, desuden artikel 7, stk. 3, i direktiv 2002/20[58]).

93. Ifølge overensstemmende oplysninger fra flere procesdeltagere skyldtes reduktionen af antallet af tilgængelige frekvenser fra digitaliseringsdividenden med to til nu kun tre digitale multiplexer to forhold: For det første skulle visse frekvenser på grundlag af konsultationer i Den Internationale Telekommunikationsunion (ITU) fremover ikke længere stå til rådighed for tv, men være forbeholdt telekommunikation. For det andet var der i forbindelse med visse frekvenser alvorlig risiko for interferens[59].

94. Det påhviler ikke Domstolen, men derimod den forelæggende ret at undersøge, om disse påstande er korrekte, og om objektivitetsprincippet, gennemsigtighedsprincippet, ikke-diskrimineringsprincippet og proportionalitetsprincippet var overholdt, da man netop i den her omtvistede tredje gruppe af tv-frekvenser til fordeling – altså specielt i forbindelse med digitaliseringsdividenden – reducerede antallet af tilgængelige multiplexer fra fem til tre.

95. Til brug for denne præjudicielle afgørelse er det tilstrækkeligt at konstatere, at de nævnte forhold (hensyntagen til ITU's konsultation og undgåelse af interferens) er et alment hensyn og kan berettige en reduktion af antallet af digitale tv-frekvenser (jf. også artikel 9, stk. 1, andet afsnit, og stk. 4, i direktiv 2002/21 samt artikel 5, stk. 1, første led, i direktiv 2002/20), under forudsætning af, at de resterende tilgængelige frekvenser fra digitaliseringsdividenden er tilstrækkelige til at sikre konkurrencetanken og mediernes pluralisme samt tillade nye aktører adgang til markedet i nævneværdigt omfang.

96. Ved prøvelsen af, hvorvidt foranstaltningerne til reduktion af de tilgængelige digitale multiplexer fra fem til tre var forholdsmæssige, må den forelæggende ret indgående undersøge, om det ikke i stedet for at reducere digitaliseringsdividenden (altså de her omtvistede digitale frekvenser i tredje gruppe[60]) ville have været en lige så god – hvis ikke sågar bedre – løsning at mindske antallet af andre tilgængelige multiplexer (altså de digitale frekvenser i første eller anden gruppe) for at tage højde for ITU's rådgivning og undgå interferens. Som jeg kommer nærmere ind på i sag C-112/16[61],

57 – Dette fremgår af den italienske regerings indlæg i retsmødet for Domstolen. Det er op til den forelæggende ret at verificere, om disse oplysninger er korrekte.

58 – Jf. også dom af 31.1.2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, præmis 100).

59 – Problematikken med en sådan interferens påpeges også udtrykkeligt af Slovenien i dette lands udtalelse i sag C-112/16.

60 – Om inddelingen af de tilgængelige frekvenser i tre grupper af digitale multiplexer, jf. igen ovenfor punkt 22 i dette forslag til afgørelse.

61 – Se herom mit forslag til afgørelse af d.d. i sag Persidera (C-112/16, navnlig præmis 67-71).

kan det nemlig på ingen måde udelukkes, at der navnlig inden for den første gruppe kan ske en overforsyning af Rai og Mediaset med digitale frekvenser, således at en reduktion af de tilgængelige multiplexer i denne gruppe muligvis ville have haft mindre alvorlige konsekvenser for konkurrencen på tv-markedet og mediernes pluralisme end i den tredje gruppe, digitaliseringsdividenden.

VI. Forslag til afgørelse

97. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare Consiglio di Statos præjudicielle anmodning som følger:

»1) Det er uforeneligt med artikel 3, stk. 2, og stk. 3a, i direktiv 2002/21/EF som affattet ved direktiv 2009/140/EF, når en igangværende procedure for tildeling af digitale tv-frekvenser, som gennemføres af den nationale tilsynsmyndighed, først suspenderes og senere helt afbrydes efter anordning fra andre statslige instanser, som ikke handler som kompetente tilsynsmyndigheder eller klageinstanser.

2) Det EU-retlige princip om beskyttelse af den berettigede forventning er ikke til hinder for, at den nationale tilsynsmyndigheds igangværende procedure for tildeling uden vederlag af digitale tv-frekvenser afbrydes, og der i stedet gennemføres en ny procedure for samme myndighed for tildeling mod vederlag af sådanne frekvenser.

3) Den nationale lovgiver varetager ikke tilsynsopgaver og er heller ikke underlagt høringspligten i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 2002/20, sammenholdt med artikel 6 i direktiv 2002/21, når nævnte lovgiver foreskriver tildeling mod vederlag af digitale tv-frekvenser.

4) Artikel 9 i direktiv 2002/21, artikel 3, 5 og 7 i direktiv 2002/20 samt artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77/EF er ikke til hinder for følgende foranstaltninger:

   a) en begrænsning af de digitale tv-frekvenser, som specielt er beregnet for mindre netoperatører og nye markedsaktører, hvis formålet er at tage højde for bestemmelser begrundet i almene hensyn eller anbefalinger på grund af relevante internationale konventioner eller at undgå interferens under forudsætning af, at proportionalitetsprincippet fortsat overholdes, og nye markedsoperatørers adgang til markedet ikke gøres uforholdsmæssig vanskelig

   b) tildeling mod vederlag af digitale tv-frekvenser, såfremt det ved denne tildeling og navnlig ved fastsættelse af vederlaget er sikret, at gennemsigtighedsprincippet, ikke-diskrimineringsprincippet og proportionalitetsprincippet er overholdt, og det sikres, at konkurrencen på tv-markedet og mediernes pluralisme fremmes behørigt ved denne tildeling.«