CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 30 maart 2017[1]

Zaak C-560/15

Europa Way Srl en
Persidera SpA
tegen
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e.a.

[verzoek van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Elektronischecommunicatienetwerken en -diensten – Richtlijnen 2002/20/EG, 2002/21/EG en 2002/77/EG – Overgang van analoge naar digitale televisie – Toewijzing van digitale frequenties aan de netwerkexploitanten – Nieuwe digitale frequenties (‚digitaal dividend') – Nietigverklaring van een lopende toewijzingsprocedure en vervanging door een nieuwe op betaling berustende aanbestedingsprocedure met veiling – Verplichting tot verrichten van een voorafgaande openbare raadpleging – Onafhankelijke nationale regelgevende instantie – Ingreep van de nationale wetgever in een lopende procedure voor de regelgevende instantie"

I. Inleiding

1. De overgang van analoge naar digitale televisie was een technologische reuzensprong, die in de meeste Europese particuliere huishoudens zonder grote problemen is verlopen. Minder soepel verliep daarentegen voor de netwerkexploitanten hier en daar het juridische aspect van deze omschakeling. Met name de situatie in Italië gaf vanuit het recht van de Unie bezien herhaaldelijk aanleiding tot bezwaren met het oog op het pluralisme van de media en de mededinging op de televisiemarkt – bezwaren die reeds tot een niet-nakomingsprocedure tegen de Italiaanse Republiek[2] en tot een prejudiciële beslissing van het Hof[3] hebben geleid.

2. In het onderhavige geval gaat het niet om de toewijzing van *alle* bij de overgang van analoge naar digitale televisie toe te kennen frequenties, maar alleen om de verdeling van de frequenties die er op grond van de technologische vooruitgang nieuw bij zijn gekomen en niet van meet af aan voor de reeds op de markt actieve netwerkexploitanten waren gereserveerd. Twee Italiaanse

1 Oorspronkelijke taal: Duits.

2 Niet-nakomingsprocedure nr. 2005/5086 (zie daartoe de persberichten van de Commissie IP/06/1019 van 19 juli 2006 en IP/07/1114 van 18 juli 2007); deze procedure, waarin de Commissie in juli 2007 een met redenen omkleed advies als bedoeld in artikel 258, lid 1, VWEU (voorheen artikel 226, lid 1, EG) heeft uitgebracht, is tot op heden nog niet afgerond.

3 Arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

netwerkexploitanten, Europa Way en Persidera[4], verzetten zich er voor de rechter tegen dat de nationale procedure voor de verdeling van dat „digitale dividend"[5] eerst op last van het Italiaanse ministerie voor Economische Ontwikkeling[6] is geschorst, vervolgens door de Italiaanse wetgever nietig is verklaard en ten slotte onder fundamenteel gewijzigde voorwaarden opnieuw is gevoerd.

3. Het Hof wordt thans verzocht om duidelijk te maken of en in hoeverre daarmee inbreuk is gemaakt op de bevoegdheden en de onafhankelijkheid van de Italiaanse nationale regelgevende instantie, de Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni[7] (AGCOM). Bovendien moet worden besproken of de nieuwe op betaling berustende toewijzingsprocedure voldeed aan de voorwaarden van het Unierecht en of bij de betrokken ondernemingen op grond van de eerste, niet voltooide procedure een gerechtvaardigd vertrouwen op een bepaalde afloop van de procedure was ontstaan, dat door het ingrijpen van het ministerie en de wetgever is beschaamd.

4. Van doorslaggevende betekenis voor de beoordeling van deze problematiek is het sinds 2002 geldende „nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader", dat uit meerdere richtlijnen van de Uniewetgever bestaat en uit de algemene beginselen van het recht van de Unie.

5. De onderhavige procedure in zaak C-560/15 hangt nauw samen met de prejudiciële procedure in zaak C-112/16, waarin ik heden eveneens conclusie neem. De aldaar opgeworpen rechtsvragen hebben weliswaar in wezen betrekking op dezelfde Unierechtelijke bepalingen en beginselen, maar betreffen niet het digitale dividend en werpen ook voor het overige duidelijk andere rechtskwesties op.

II. Toepasselijke bepalingen

6. Het regelgevingskader van de Unie wordt in dit geval bepaald door drie richtlijnen uit 2002 inzake elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, die allemaal tot het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatiediensten, voor elektronischecommunicatienetwerken alsook voor de bijbehorende faciliteiten en diensten behoren: de kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21/EG)[8], de machtigingsrichtlijn (richtlijn 2002/20/EG)[9] en de mededingingsrichtlijn (richtlijn 2002/77/EG)[10]. De twee eerstgenoemde richtlijnen gelden in de versie die zij bij richtlijn 2009/140 hebben verkregen.

4 Persidera is de rechtsopvolgster van Telecom Italia Media Broadcasting (TIMB). Voor de definitieve overgang naar digitale televisie exploiteerde TIMB in Italië twee analoge televisiezenders („La 7" en „MTV") en twee digitale („TIMB1" en „MBONE").

5 Zie met betrekking tot het begrip „digitaal dividend" overweging 26 van richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (PB 2009, L 337, blz. 37, met rectificatie in PB 2013, L 241, blz. 8); zie bovendien punt 1 van de mededeling van de Europese Commissie van 13 november 2007, „Ten volle profijt trekken van het digitale dividend in Europa: Een gemeenschappelijke aanpak voor het gebruik van het spectrum dat vrijkomt door de digitale omschakeling", COM(2007) 700 definitief.

6 Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

7 Toezichthouder voor communicatie.

8 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 33).

9 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 21).

10 Richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (mededingingsrichtlijn) (PB 2002, L 249, blz. 21).

A. Kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21)

7. Ter inleiding wijs ik op de overwegingen 6 en 21 van richtlijn 2002/21, waarin onder meer het volgende valt te lezen:

„(6) Audiovisueel beleid en inhoudregulering beogen doelstellingen van algemeen belang, zoals vrijheid van meningsuiting, pluralisme van de media, onpartijdigheid, culturele en taalkundige verscheidenheid, sociale insluiting, consumentenbescherming en de bescherming van minderjarigen te realiseren. [...]

[...]

(21) Lidstaten kunnen onder meer gebruikmaken van selectieprocedures op basis van mededinging of van vergelijking voor de toewijzing van radiofrequenties en nummers met een uitzonderlijke economische waarde. [...]”

8. Ter aanvulling wijs ik op overweging 13 van richtlijn 2009/140, waarbij onder andere richtlijn 2002/21 is gewijzigd. Hierin wordt gesteld:

„(13) De onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties zou moeten worden versterkt om te zorgen voor een meer doeltreffende toepassing van het regelgevingskader en hun autoriteit en de voorspelbaarheid van hun besluiten te verhogen. Hiertoe zouden uitdrukkelijke bepalingen moeten worden opgenomen in de nationale wetgeving om ervoor te zorgen dat een nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is [voor] marktregulering ex ante of voor geschillenbeslechting tussen ondernemingen, bij het uitoefenen van haar taken, beschermd is tegen externe interventie of politieke druk die haar onafhankelijke oordeel over de vraagstukken die haar worden voorgelegd in gevaar zouden kunnen brengen. Dergelijke externe invloed maakt een nationale instantie ongeschikt om volgens het regelgevingskader op te treden als een nationale regelgevende instantie. [...]”

9. Overeenkomstig de definitie in artikel 2, onder g), van richtlijn 2002/21 wordt in de zin van deze richtlijn verstaan onder

„‚nationale regelgevende instantie’: één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd”.

10. Artikel 3 van richtlijn 2002/21, met het opschrift „Nationale regelgevende instanties”, bepaalt onder meer het volgende:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat alle taken die bij deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen, door een bevoegd lichaam worden uitgevoerd.

2. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties [...]

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden op onpartijdige en transparante wijze en tijdig uitoefenen. De lidstaten zien erop toe dat de nationale regelgevende instanties over voldoende financiële en menselijke middelen beschikken om de hun toegewezen taken uit te voeren.

3 bis. Onverminderd de bepalingen van de leden 4 en 5, treden de nationale regelgevende instanties die verantwoordelijk zijn voor marktregulering ex ante of voor de beslechtingen van geschillen tussen ondernemingen overeenkomstig artikel 20 of 21 van deze richtlijn, onafhankelijk op en vragen of aanvaarden zij geen instructies van andere instanties in verband met de uitoefening van deze taken die

hun op grond van de nationale wetgeving tot omzetting van het gemeenschapsrecht zijn toegewezen. Dit vormt geen beletsel voor toezicht overeenkomstig de nationale grondwet. Alleen beroepsinstanties die zijn opgezet in overeenstemming met artikel 4, zijn bevoegd besluiten van de nationale regelgevende instanties te schorsen of ongedaan te maken.

[...]"

11. Artikel 6 van richtlijn 2002/21 heeft als opschrift „Raadpleging en transparantie" en bepaalt:

„Behalve in gevallen die vallen onder artikel 7, lid 9, artikel 20 of artikel 21, zorgen de lidstaten ervoor dat, wanneer de nationale regelgevende instanties voornemens zijn krachtens deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen maatregelen te nemen, dan wel wanneer zij voornemens zijn krachtens artikel 9, leden 3 en 4, beperkingen vast te stellen die een belangrijke impact op de betrokken markt hebben, de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen.

De nationale regelgevende instanties publiceren hun nationale raadplegingsprocedures.

De lidstaten dragen zorg voor de oprichting van een enkel informatiepunt waar inzage verkregen kan worden in alle lopende raadplegingsprocedures.

De resultaten van de raadpleging worden door de nationale regelgevende instanties openbaar gemaakt, behalve in geval van vertrouwelijke informatie overeenkomstig het communautair en nationaal recht betreffende zakelijke vertrouwelijkheid."

12. Onder het opschrift „Beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen" is vervolgens in artikel 8, leden 1 en 2, van richtlijn 2002/21 onder andere het volgende geregeld:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in de leden 2, 3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen.

[...]

2. De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

[...]

b) zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is, met inbegrip van de doorgifte van inhoud;

[...]

d) zij bevorderen efficiënt gebruik en zorgen voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en de nummervoorraad."

13. Ten slotte bevat artikel 9 van richtlijn 2002/21 de volgende bepalingen inzake het „Beheer van de radiofrequenties voor elektronischecommunicatiediensten”:

„1. Naar behoren rekening houdend met het feit dat radiofrequenties een publiek goed zijn dat een belangrijke maatschappelijke, sociale en economische waarde heeft, zorgen de lidstaten ervoor dat de radiofrequenties voor elektronischecommunicatiediensten op hun grondgebied efficiënt worden beheerd overeenkomstig de artikelen 8 en 8 bis. Zij zorgen ervoor dat de spectrumtoewijzing voor elektronischecommunicatiediensten en de afgifte van algemene machtigingen of individuele gebruiksrechten voor die radiofrequenties door de bevoegde nationale instanties gebaseerd zijn op objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria.

Bij de toepassing van dit artikel eerbiedigen de lidstaten de desbetreffende internationale overeenkomsten, met inbegrip van de radioregelgeving van de ITU, en mogen zij overwegingen van openbare orde in aanmerking nemen.

[...]

3. Tenzij anders bepaald in de tweede alinea zorgen de lidstaten ervoor dat alle soorten voor elektronischecommunicatiediensten gebruikte technologie kunnen worden gebruikt op de radiofrequentiebanden die in overeenstemming met het gemeenschapsrecht beschikbaar zijn verklaard voor elektronischecommunicatiediensten in hun nationale frequentietoewijzingsplannen.De lidstaten kunnen echter proportionele en niet-discriminerende beperkingen opleggen met betrekking tot de soorten voor elektronischecommunicatiediensten gebruikte technologie, indien dat nodig is om:

a) schadelijke interferentie te vermijden;

[...]

e) een efficiënt spectrumgebruik te waarborgen; of

f) een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken overeenkomstig lid 4.

4. Tenzij anders bepaald in de tweede alinea zorgen de lidstaten ervoor dat alle soorten elektronischecommunicatiediensten kunnen worden aangeboden op de radiofrequentiebanden die in overeenstemming met het gemeenschapsrecht beschikbaar zijn verklaard voor elektronischecommunicatiediensten in hun nationale frequentietoewijzingsplannen. De lidstaten kunnen echter proportionele en niet-discriminerende beperkingen opleggen met betrekking tot de soorten elektronischecommunicatiediensten die worden aangeboden, ook, waar nodig, om te voldoen aan vereisten van de radioregelgeving van de ITU.

[...]”

B. Machtigingsrichtlijn (richtlijn 2002/20)

14. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/20 bevat de volgende regeling met betrekking tot de „Algemene machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten”:

„De lidstaten waarborgen de vrijheid om, mits aan de door deze richtlijn vastgestelde voorwaarden voldaan is, elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan te bieden. [...]”

15. In artikel 5 van richtlijn 2002/20 bevinden zich onder andere deze bepalingen betreffende „Gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers”:

„1. De lidstaten vergemakkelijken het gebruik van radiofrequenties in het kader van algemene machtigingen. De lidstaten kunnen zo nodig individuele gebruiksrechten verlenen teneinde:

– schadelijke interferentie te vermijden;

– de technische kwaliteit van de dienst te verzekeren;

– een efficiënt spectrumgebruik te waarborgen, of

– andere doelstellingen van algemeen belang te vervullen die door de lidstaten overeenkomstig het gemeenschapsrecht worden bepaald.

2. Wanneer individuele gebruiksrechten moeten worden verleend voor radiofrequenties en nummers, verlenen de lidstaten die rechten op verzoek aan alle ondernemingen die diensten of netwerken aanbieden of gebruiken in het kader van de algemene machtiging, met inachtneming van de bepalingen van de artikelen 6, 7 en 11, lid 1, onder c), van deze richtlijn en alle andere regels die een efficiënt gebruik van deze middelen moeten waarborgen overeenkomstig richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn).

Onverminderd de door de lidstaten vooraf aangenomen specifieke criteria voor het verlenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties aan aanbieders van inhoud voor radio- en televisieomroepen welke noodzakelijk zijn om de doelstellingen van algemeen belang overeenkomstig het gemeenschapsrecht na te streven worden dergelijke rechten verleend door middel van procedures die objectief, transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn, en in het geval van frequenties, in overeenstemming met de bepalingen van artikel 9 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn). De procedures moeten open zijn behalve in gevallen waarin kan worden aangetoond dat het verlenen van individuele gebruiksrechten voor gebruik van radiofrequenties voor aanbieders van diensten inzake inhoud voor radio- en televisiediensten van fundamenteel belang is om te kunnen voldoen aan een specifieke verplichting die door de lidstaten van te voren is gedefinieerd als noodzakelijk met het oog op het algemeen belang overeenkomstig de communautaire wetgeving.

[...]

4. [...]

Artikel 7 is van toepassing op de vergelijkende en op mededinging gebaseerde selectieprocedure voor radiofrequenties.

5. De lidstaten beperken het aantal te verlenen gebruiksrechten niet, tenzij dat noodzakelijk is om een efficiënt gebruik van radiofrequenties te waarborgen overeenkomstig artikel 7.

6. De nationale regelgevende instanties zorgen ervoor dat radiofrequenties daadwerkelijk en efficiënt worden gebruikt [...]”.

16. Met betrekking tot de „[p]rocedure voor het beperken van het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties" is in artikel 7 van richtlijn 2002/20 het volgende bepaald:

„1. Wanneer een lidstaat overweegt het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties te beperken of de duur van bestaande rechten te verlengen op andere wijze dan in overeenstemming met de in dergelijke rechten gespecificeerde voorwaarden, dient hij onder meer:

[...]

b) alle belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, de mogelijkheid te bieden om zich uit te spreken over elke eventuele beperking overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn),

[...]

3. Wanneer de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties moet worden beperkt, verlenen de lidstaten deze rechten op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria. Dergelijke selectiecriteria moeten naar behoren belang hechten aan de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 8 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) en aan de eisen van artikel 9 van die richtlijn.

4. Wanneer vergelijkende en op mededinging gebaseerde selectieprocedures moeten worden toegepast, kunnen de lidstaten de in artikel 5, lid 3, genoemde termijn van zes weken verlengen zolang als nodig is om ervoor te zorgen dat deze procedures billijk, redelijk, open en transparant zijn voor alle belanghebbende partijen, welke verlenging echter niet meer dan acht maanden mag bedragen.

[...]"

C. Mededingingsrichtlijn (richtlijn 2002/77)

17. Artikel 2 van richtlijn 2002/77, met het opschrift „Uitsluitende en bijzondere rechten voor elektronischecommunicatienetwerken en elektronischecommunicatiediensten", bevat onder andere de volgende bepalingen:

„[...]

2. De lidstaten nemen de noodzakelijke maatregelen om ervoor te zorgen dat elke onderneming gerechtigd is elektronischecommunicatiediensten te verrichten, uit te breiden of elektronischecommunicatienetwerken aan te leggen.

[...]

4. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat een aan een onderneming verleende algemene machtiging voor het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten of het aanleggen en/of aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken alsook de hieraan verbonden voorwaarden op objectieve, niet-discriminerende, evenredige en doorzichtige criteria gebaseerd is.

[...]"

18. Ten slotte bevat artikel 4 van richtlijn 2002/77 deze bepalingen inzake het „Gebruiksrecht voor frequenties”:

„Zonder afbreuk te doen aan de specifieke criteria en procedures zoals goedgekeurd door de lidstaten voor de verlening van machtigingen voor het gebruik van radiofrequenties aan aanbieders van diensten in verband met de inhoud op televisie of radio met het oog op de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang in overeenstemming met het gemeenschapsrecht:

[...]

2. dient de toewijzing van radiofrequenties voor elektronischecommunicatiediensten te geschieden op basis van objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en evenredige criteria.”

III. Feiten en hoofdgeding

19. De overgang van analoge naar digitale televisie in Italië maakte een procedure noodzakelijk voor de toewijzing van de nieuwe digitale zendfrequenties, die performanter dan de analoge.[11] Daartoe heeft AGCOM op 7 april 2009 besluit 181/09/CONS[12] vastgesteld, waarin zij de criteria vaststelde voor de volledige digitalisering van de terrestrische netwerken en tegelijkertijd een mechanisme invoerde voor de toekenning van de daarvoor toe te wijzen frequenties. Dat besluit is vastgesteld tegen de achtergrond van een lopende niet-nakomingsprocedure[13], waarmee de Europese Commissie Italië heeft aangemaand dat zij bij de toekenning van haar digitale frequenties niet de tot dusver reeds op de markt actieve aanbieders van analoge televisiezenders mocht bevoordelen.

20. Thans was voorzien in de toewijzing van digitale frequenties in de vorm van 21 zogenaamde multiplexen voor landelijke terrestrische uitzending.[14] Daarbij maakt een multiplex het mogelijk om verschillende audio-, video- en datasignalen te bundelen tot een gemeenschappelijke gegevensstroom, waardoor het gebruik van de ter beschikking staande frequenties en lijnen wordt geoptimaliseerd.

21. Teneinde een rechtvaardige verdeling van deze digitale multiplexen te waarborgen, waarbij niet alleen de bestaande exploitanten van analoge televisiezenders in aanmerking werden genomen, maar ook degenen die reeds eerder in de totstandkoming van digitale netwerken hadden geïnvesteerd, evenals bovendien degenen die als nieuwkomer tot deze markt wilden doordringen, zijn de 21 multiplexen in drie groepen onderverdeeld, die volgens verschillende criteria dienden te worden toegekend. Bovendien werd als bovengrens vastgelegd dat geen netwerkexploitant alleen over meer dan in totaal vijf multiplexen mocht beschikken; ook de Commissie had in de niet-nakomingsprocedure aangemaand tot een dergelijk maximumaantal van vijf multiplexen.

22. Concreet zou de toewijzing van de genoemde 21 multiplexen als volgt moeten plaatsvinden:

– In een *eerste groep* waren acht multiplexen voorbehouden aan de omzetting van de bestaande analoge televisienetwerken in digitale televisienetwerken. Dat diende op basis van een rechtvaardige toewijzing plaats te vinden, waarbij de continuïteit van het televisieaanbod in aanmerking moest worden genomen. Elke bestaande aanbieder van analoge televisie diende dienovereenkomstig ten minste één multiplex te krijgen toegewezen, aanbieders met meerdere

11 Een van de grootste voordelen van digitale televisie bestaat erin dat – anders dan bij analoge televisie – in een en hetzelfde frequentiegebied meerdere programma’s kunnen worden uitgezonden.

12 Dat besluit verkreeg door wetsdecreet (decreto-legge) nr. 59/2008 juncto wet nr. 101/2008, kracht van wet.

13 Zie hierboven, voetnoot 2.

14 Sommige deelnemers aan de procedure spreken over een totaal van 22 multiplexen, de verwijzende rechter verwijst in zijn vierde vraag (zie hieronder, punt 29 van deze conclusie) zelfs naar 25 respectievelijk 22 „netwerken”. Deze verschillen kunnen echter in het kader van de onderhavige prejudiciële procedure buiten beschouwing worden gelaten. Niet in de laatste plaats omwille van de samenhang met de feiten zoals die het Hof in zaak C-112/16 zijn meegedeeld, blijf ik in mijn onderhavige uiteenzetting bij het getal 21.

analoge zenders zouden echter telkens een multiplex minder verkrijgen dan overeenkwam met het aantal van hun analoge zenders. Op deze wijze verkregen onder andere Rai en Mediaset, die tot dusverre elk drie analoge televisiezenders hadden geëxploiteerd, elk twee multiplexen, terwijl TIMB, dat tot dusver twee analoge televisiezenders in het assortiment had, één multiplex verkreeg; naar Rete A en twee andere netwerkexploitanten gingen eveneens elk één multiplex.

– In een *tweede groep* zouden acht multiplexen aan de netwerkexploitanten worden toegekend die in de totstandkoming van digitale netwerken hadden geïnvesteerd. Daardoor verkregen Rai, Mediaset en TIMB elk twee extra multiplexen, terwijl Rete A en een andere netwerkexploitant elk één multiplex verkregen.

– In een *derde groep* zouden ten slotte de resterende vijf multiplexen, die eveneens als „digitaal dividend" worden aangeduid [15], als additionele nieuwe frequenties volgens objectieve, transparante, evenredige en niet-discriminerende criteria worden toegekend.

23. In het onderhavige geval heeft het geschil in het hoofdgeding alleen betrekking op een deel van deze multiplexen, namelijk die van de derde groep. De toewijzing daarvan zou oorspronkelijk kosteloos en door middel van een aanbestedingsprocedure, de zogenaamde „beauty contest" [16], aan de meest geschikte marktdeelnemer plaatsvinden. Bij besluit 497/10/CONS van 22 september 2010 heeft AGCOM, na een openbare raadpleging, zijn definitieve goedkeuring gegeven aan de aanbestedingsvoorschriften.

24. De eigenlijke aanbestedingsprocedure is uiteindelijk begonnen met de bekendmaking ervan op 8 juli 2011 en voorzag in een termijn tot en met 7 september 2011 voor de indiening van de verzoeken tot deelname. Europa Way heeft een verzoek tot deelname voor één multiplex ingediend, waarvoor verder geen andere onderneming een dergelijk verzoek heeft ingediend. Persidera (voorheen TIMB) heeft verzoeken tot deelname ingediend, ofwel alleen ofwel in concurrentie met andere marktdeelnemers [17], voor in totaal drie multiplexen.

25. Nog voor de gunning heeft het Italiaanse ministerie van Economische Ontwikkeling bij besluit van 20 januari 2012 de procedure betreffende deze kosteloze aanbesteding echter geschorst. Daarna is wetsdecreet (decreto-legge) nr. 16/2012 [18] vastgesteld, waarvan artikel 3 quinquies [19] in de eerste plaats de reeds geschorste kosteloze aanbesteding nietig verklaarde en in de tweede plaats voorzag in een nieuwe toewijzing van frequenties door middel van een op betaling berustende openbare aanbesteding op basis van een door AGCOM binnen 120 dagen vast te stellen procedure. Daarenboven dienden de deelnemers aan de onvoltooide kosteloze aanbestedingsprocedure schadeloos te worden gesteld.

26. Vervolgens heeft AGCOM op 11 april 2013 – wederom na een openbare raadpleging en na overleg met de Europese Commissie – besluit 277/13/CONS, de voorschriften voor de nieuwe aanbestedingsprocedure, goedgekeurd. Daarin is onder andere het aantal toe te wijzen digitale multiplexen op drie vastgesteld en is bepaald dat netwerkexploitanten, die reeds drie of meer multiplexen bezaten, van deelname aan de aanbesteding waren uitgesloten.

15 Zie betreffende het begrip digitaal dividend, voetnoot 5 hierboven.

16 „Schoonheidswedstrijd".

17 Zoals uit het dossier blijkt, heeft Persidera in het kader van de aanbesteding voor twee kavels telkens samen met RAI en Elettronica Industriale (Mediaset) verzoeken tot deelname ingediend.

18 Aan dat wetsdecreet is bij wet nr. 44/2012 bestendig kracht van wet verleend.

19 Met name artikel 3 quinquies heeft het Italiaanse parlement zelf ingevoegd, in het kader van de procedure ter omzetting van dat wetsdecreet in een wet.

27. De nieuwe procedure is ten slotte met de bekendmaking ervan op 12 februari 2014 ingeleid. Met Cairo Network [20] heeft maar één enkele marktdeelnemer daaraan deelgenomen en aan deze werd op 31 juli 2014 één multiplex gegund. Noch Europa Way, noch Persidera heeft aan de nieuwe aanbestedingsprocedure deelgenomen. Zoals uit het dossier blijkt, lag dat in het geval van Persidera aan het aantal van meer dan drie multiplexen, waarover deze onderneming toch al beschikte.

28. Tegen de nietigverklaring van de eerste aanbestedingsprocedure hebben Europa Way en Persidera bij de Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio [21] (TAR) beroep ingesteld, evenwel zonder resultaat. [22] Thans is het geschil aanhangig bij de Consiglio di Stato [23], de verwijzende rechter, waarbij Europa Way en Persidera hoger beroep hebben ingesteld.

IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

29. Bij besluit van 11 juni 2015, ingekomen op 30 oktober 2015, heeft de Consiglio di Stato de behandeling van zijn procedure geschorst en het Hof krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Zijn de bestreden wettelijke regeling en de daaruit voortvloeiende uitvoeringshandelingen in strijd met de bepalingen op grond waarvan de regelgevende bevoegdheid op de televisiemarkt onder de bevoegdheid van een onafhankelijke overheidsinstantie valt (artikelen 3 en 8 van richtlijn 2002/21, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140)?

2) Zijn de bestreden wettelijke regeling en de daaruit voortvloeiende uitvoeringshandelingen in strijd met de bepalingen (artikel 7 van richtlijn 2002/20 en artikel 6 van richtlijn 2002/21) op grond waarvan de onafhankelijke nationale regelgevende instantie van de sector een voorafgaande openbare raadpleging moet houden?

3) Verzet het recht van de Unie, meer in het bijzonder artikel 56 VWEU, artikel 9 van richtlijn 2002/21, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20, de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77, alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrijheid van mededinging, evenredigheid, doeltreffendheid en pluralisme op informatiegebied, zich tegen de nietigverklaring van de ‚beauty contest'-procedure, die was uitgeschreven om te voorkomen dat bij de toewijzing van digitale televisiefrequenties marktdeelnemers onrechtmatig zouden worden uitgesloten en om de deelname van kleine marktdeelnemers mogelijk te maken, alsmede tegen de vervanging van die procedure door een andere op betaling berustende aanbestedingsprocedure, die aan de inschrijvers voorwaarden en verplichtingen oplegt die voordien niet golden voor de *incumbents* (reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers), zodat deelname aan de aanbesteding duur en onvoordelig wordt?

4) Verzet het recht van de Unie, meer in het bijzonder artikel 56 VWEU, artikel 9 van richtlijn 2002/21, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20, de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77 en artikel 258 VWEU, alsmede de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrijheid van mededinging, evenredigheid, doeltreffendheid en pluralisme op informatiegebied, zich tegen de herconfiguratie van het frequentietoewijzingsplan, waarbij het aantal nationale netwerken wordt herleid van 25 naar 22 (met behoud voor de reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers van evenveel multiplexen), de aanbestedingskavels tot drie multiplexen worden herleid en frequenties in de VHF-band III worden toegewezen met een risico op sterke interferenties?

20 Cairo Network exploiteert thans in Italië de televisiezender „La 7".

21 Bestuursrechter Lazio.

22 Zie daartoe arresten nr. 9981/2014 en nr. 9982/2014 van de Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio van 25 september 2014.

23 Hoogste bestuursrechter.

5) Is de bescherming van het door het Hof van Justitie ontwikkelde vertrouwensbeginsel verenigbaar met de nietigverklaring van de ‚beauty contest'-procedure, die er niet voor heeft gezorgd dat de verzoekende partijen, die reeds tot de kosteloze procedure waren toegelaten, zeker waren van de toewijzing van een aantal te gunnen kavels?

6) Is de regeling van de Unie inzake toewijzing van rechten op het gebruik van de frequenties (artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21, artikelen 5 en 7 van richtlijn 2002/20, artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77) verenigbaar met een bepaling als artikel 3 quinquies van wetsdecreet nr. 16/2012, die indruist tegen de bijzondere kenmerken van de omroepmarkt?"

30. Aan de procedure voor het Hof hebben Europa Way, Persidera, RAI, Elettronica Industriale [24], Cairo Network, de Italiaanse regering en de Europese Commissie met schriftelijke opmerkingen deelgenomen. Dezelfde deelnemers waren ook bij de mondelinge behandeling van 2 februari 2017 vertegenwoordigd, die direct voor die in zaak C-112/16 heeft plaatsgevonden.

V. Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

31. Wat de ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft, behoeft het geen grondige bespreking van de kritiek van Elettronica Industriale, dat de verwijzende rechter het Hof rechtstreeks met vragen betreffende de verenigbaarheid van het nationale recht – met name van artikel 3 quinquies van wetsdecreet nr. 16/2012 – met het recht van de Unie heeft geconfronteerd. Daartoe volstaat de opmerking dat het Hof weliswaar inderdaad niet bevoegd is om in het kader van een prejudiciële procedure te oordelen over de verenigbaarheid met het recht van de Unie van een nationale wettelijke regeling of om nationale wettelijke bepalingen uit te leggen. Niets belet het Hof echter bij zodanig geformuleerde prejudiciële vragen, de verwijzende rechter alle nuttige uitleggingsgegevens met betrekking tot het recht van de Unie te verschaffen die hem in staat stellen het hoofdgeding te beslechten. [25]

32. Hieronder richt ik mij op enkele andere ontvankelijkheidsgrieven, die door de deelnemers aan de procedure zijn aangevoerd. Ze hebben allemaal betrekking op de gegevens die van een verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing mogen worden verwacht.

33. Overeenkomstig artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof [26] moet het verzoek om een prejudiciële beslissing naast de prejudiciële vraag ook de vereiste gegevens bevatten betreffende het feitelijke en juridische kader van het hoofdgeding. De verwijzende rechter dient verder aan te geven welk verband bestaat tussen de uit te leggen Unierechtelijke bepalingen en het

24 Elettronica Industriale behoort tot het Mediaset-concern. De onderneming heeft voor het Hof enkel met betrekking tot de tweede, de derde en de vierde prejudiciële vraag opmerkingen gemaakt.

25 Vaste rechtspraak; zie onder meer arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punten 49-51).

26 Het vereiste om artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering in acht te nemen, wordt door het Hof benadrukt in bijvoorbeeld de beschikking van 12 mei 2016, Security Service e.a. (C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, punt 18). Reeds eerder zijn in vaste rechtspraak inhoudelijk overeenstemmende ontvankelijkheidsvereisten voor verzoeken om een prejudiciële beslissing geformuleerd; zie onder meer arresten van 24 april 2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, punt 42), en 21 december 2016, Vervloet e.a. (C-76/15, EU:C:2016:975, punten 56 en 57).

hoofdgeding alsmede de redenen uiteen te zetten die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht om zich over de uitlegging of de geldigheid van deze bepalingen vragen te stellen. Volgens de rechtspraak zijn de gegevens betreffende het feitelijke en juridische kader in het bijzonder in mededingingsrechtelijke procedures van belang.[27]

1. Primairrechtelijke bepalingen zijn niet relevant voor te geven beslissing

34. Om te beginnen bevat het verzoek om een prejudiciële beslissing in het onderhavige geval geen enkele toelichting in hoeverre de primairrechtelijke bepalingen van de artikelen 56 en 258 VWEU voor de beslechting van het hoofdgeding relevant zouden zijn.

35. Met name met betrekking tot artikel 56 VWEU moet worden opgemerkt dat alle elementen van het hoofdgeding binnen één enkele lidstaat gesitueerd zijn en dat de verwijzende rechter in het onderhavige geval – anders dan destijds in de zaak Centro Europa 7 – geen beroep zou kunnen doen op het in de Italiaanse grondwet opgenomen verbod op discriminatie van eigen onderdanen.[28] Dientengevolge is niet duidelijk in hoeverre het Hof met de gevraagde uitlegging van artikel 56 VWEU een bijdrage aan de beslechting van het hoofdgeding kan leveren.

36. Met betrekking tot artikel 258 VWEU volstaat de opmerking dat het om een bepaling van zuiver procedurele aard gaat, betreffende de bij de Commissie en voor het Hof gevoerde niet-nakomingsprocedures, waaraan voor de toekenning van televisiefrequenties door nationale instanties noch procedurele of materieelrechtelijke voorwaarden zijn te ontlenen. Theoretisch zou de krachtens artikel 260, lid 1, VWEU op de lidstaten rustende verplichting tot omzetting van arresten van het Hof in de niet-nakomingsprocedure van belang kunnen zijn, in verband met de toekenning van televisiefrequenties in Italië is evenwel nog niet een dergelijk niet-nakomingsarrest gewezen.

37. Voor zover de verwijzende rechter met zijn vermelding van artikel 258 VWEU zinspeelt op mogelijke verplichtingen van de Italiaanse Republiek om in het licht van het arrest Centro Europa 7[29] een situatie op de televisiemarkt tot stand te brengen die verenigbaar is met het recht van de Unie[30], kan het Hof daarop in het kader van zijn onderzoek van de drie richtlijnen 2002/20, 2002/21 en 2002/77 genoegzaam ingaan; een afzonderlijke uitlegging van artikel 258 of van artikel 260 VWEU is daartoe niet nodig.

38. Bijgevolg moeten de derde en de vierde prejudiciële vraag niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover zij zijn gericht op de uitlegging van de artikelen 56 en 258 VWEU.

2. Geen toereikende gegevens betreffende afzonderlijke prejudiciële vragen

39. Daarenboven moet nog worden besproken of het verzoek om een prejudiciële beslissing mogelijkerwijs niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat het te weinig gegevens bevat betreffende de feitelijke en juridische achtergrond en betreffende de relevantie van enige van de door de verwijzende rechter voorgelegde vragen. Volgens Italië ontbreekt het aan dergelijke gegevens in verband met de derde, de vierde en de zesde prejudiciële vraag. Elettronica Industriale acht de tweede, de derde en de vierde prejudiciële vraag niet voldoende toegelicht.

27 Zie in deze zin beschikking van 8 oktober 2002, Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, punten 21 en 22), en arresten van 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90–C-322/90, EU:C:1993:26, punt 7); 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punt 58); 21 november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, punt 20), en 13 februari 2014, Airport Shuttle Express e.a. (C-162/12 en C-163/12, EU:C:2014:74, punt 38).

28 Arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punt 64-71, met name punt 69).

29 Arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

30 Een lopende niet-nakomingsprocedure van de Commissie (zie daartoe hierboven voetnoot 2) vormt als zodanig nog geen wettelijke plicht voor de lidstaat om nationale maatregelen te treffen, zolang het Hof niet bij arrest een niet-nakoming heeft vastgesteld of bij beschikking voorlopige maatregelen heeft getroffen.

40. Mij lijkt met betrekking tot deze niet-ontvankelijkheidsgrieven een genuanceerde aanpak op zijn plaats.

41. Enerzijds is duidelijk dat de Consiglio di Stato in het hoofdgeding de rechtmatigheid van de ingreep van de Italiaanse wetgever in een lopende procedure van AGCOM tot toewijzing van het digitale dividend op de televisiemarkt moet beoordelen. Deze problematiek wordt in de verwijzingsbeslissing op begrijpelijke wijze uiteengezet, hiertoe worden met name de feitelijke en juridische achtergronden met voldoende nauwkeurigheid geschetst en ook aan de relevantie van de daarop aansluitende prejudiciële vragen (eerste tot en met de vijfde prejudiciële vraag) wordt niet getwijfeld. Het Hof kan de verwijzende rechter dienovereenkomstig in casu alle nuttige uitleggingsgegevens die hem vanuit Unierechtelijk oogpunt in staat stellen het hoofdgeding te beslechten.

42. Anderzijds worden in de prejudiciële vragen omstandigheden ter sprake gebracht waarover het Hof zich ook bij een uiterst welwillende lezing ervan, niet nuttig kan uitspreken omdat het verzoek om een prejudiciële beslissing daaromtrent nog geen begin van een toelichting bevat. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de verwijzing van de Consiglio di Stato naar de „frequenties [die] in de VHF-band III worden toegewezen met een risico op sterke interferenties" (vierde prejudiciële vraag) en in de tweede plaats om zijn inschatting dat de inhoud van artikel 3 quinquies van wetsdecreet nr. 16/2012 indruist „tegen de bijzondere kenmerken van de omroepmarkt" (zesde prejudiciële vraag).

43. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat de vierde prejudiciële vraag gedeeltelijk en de zesde prejudiciële vraag in zijn geheel, niet-ontvankelijk zijn.

3. Voorlopige conclusie

44. Alles bij elkaar genomen zijn derhalve de derde en de vierde prejudiciële vraag gedeeltelijk niet-ontvankelijk; bovendien is de zesde prejudiciële vraag in zijn geheel niet-ontvankelijk. Voor het overige moet het verzoek om een prejudiciële beslissing daarentegen als ontvankelijk worden beschouwd.

B. Inhoudelijke beoordeling van de prejudiciële vragen

45. De omvangrijke vragenlijst van de Consiglio di Stato heeft in wezen betrekking op één en hetzelfde thema: er moet duidelijk worden gemaakt of het ingrijpen van het Italiaanse ministerie van Economische Ontwikkeling en van de Italiaanse wetgever in een lopende procedure voor de nationale regelgevende instantie tot kosteloze toekenning van televisiefrequenties, gekoppeld aan de maatregel tot het voeren van een nieuwe, op betaling berustende toewijzingsprocedure, verenigbaar was met het recht van de Unie. In wezen wenst de verwijzende rechter te vernemen of de Italiaanse wetgever verschillende procedurele en materieelrechtelijke vereisten van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader heeft geschonden, en met name het Unierechtelijke gebod dat de nationale regelgevende instanties onafhankelijk moeten zijn en het vertrouwensbeginsel.

46. Om te beginnen zal ik de problematiek met betrekking tot het ingrijpen van overheidsinstanties in een lopende procedure bespreken, dat zowel tijdens de schriftelijke als de mondelinge behandeling voor het Hof in het middelpunt van de belangstelling heeft gestaan (zie daartoe zo meteen onderdeel 1). Ten tweede zal ik mij richten op enige nadere door de verwijzende rechter en de deelnemers aan de procedure opgeworpen procedurele vragen (zie daartoe verderop onderdeel 2). In de derde en laatste plaats zal ik mij ten slotte bezighouden met de aan de tweede aanbesteding gestelde materieelrechtelijke eisen (zie daartoe aan het eind onderdeel 3).

1. Ingrijpen van overheidsinstanties in een lopende procedure van de nationale regelgevende instantie (eerste en vijfde prejudiciële vraag)

47. Twee prejudiciële vragen van de verwijzende rechter hebben betrekking op de problematiek van het ingrijpen van overheidsinstanties in een lopende procedure van de nationale regelgevende instantie AGCOM: in de eerste plaats de vijfde vraag met betrekking tot het vertrouwensbeginsel [zie daartoe verderop onderdeel b)] en in de tweede plaats de eerste vraag met betrekking tot de bevoegdheden van een nationale regelgevende instantie [zie zo meteen onderdeel a)]. Nu merk ik reeds op dat de handelwijze van de Italiaanse minister van Economische Ontwikkeling en van de Italiaanse wetgever in het onderhavige geval minder vanuit het oogpunt van de bescherming van het gewettigd vertrouwen, maar veeleer met het oog op de door het Unierecht gewaarborgde onafhankelijkheid van de regelgevende instantie, bedenkelijk is.

a) Schending van de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie (eerste prejudiciële vraag)

48. Het beginsel van onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties, waarnaar de verwijzende rechter in zijn eerste vraag verwijst, is in het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader – met name na de bij richtlijn 2009/140 aangebrachte wijzigingen van de wetsteksten van de Unie – van zeer groot belang. Met de instelling van onafhankelijke regelgevende instanties moet namelijk worden gewaarborgd dat op het gebied van de elektronischecommunicatienetwerken en -diensten duurzaam een echte interne markt wordt verwezenlijkt, waarop voor marktopening en eerlijke mededinging is gezorgd, en waarop het pluralisme van de media, als een van de fundamentele waarden voor het samenleven in een democratische maatschappij, wordt versterkt (zie eveneens artikel 11, lid 2, van het Handvest van de grondrechten).

49. Dienovereenkomstig hebben de lidstaten uitdrukkelijk de plicht de onafhankelijkheid van hun nationale regelgevende instanties te waarborgen [31] (artikel 3, leden 2 en 3 bis, van richtlijn 2002/21 en overweging 13 van richtlijn 2009/140). Niet in de laatste plaats wordt deze onafhankelijkheid uitgedrukt door het feit dat op de nationale regelgevende instanties weliswaar toezicht mag worden gehouden (artikel 3, lid 3 bis, tweede volzin), maar dat zij in verband met de lopende uitoefening van hun taken geen instructies mogen aanvaarden (artikel 3, lid 3 bis, eerste volzin) en dat hun besluiten alleen door bevoegde beroepsinstanties naar aanleiding van concrete rechtsmiddelen kunnen worden geschorst of ongedaan gemaakt (artikel 3, lid 3 bis, derde volzin, van richtlijn 2002/21).

50. Met de door het ministerie voor Economische Ontwikkeling gelaste schorsing van de eerste kosteloze frequentietoewijzingsprocedure van de AGCOM en de later door de Italiaanse wetgever bij artikel 3 quinquies van wetsdecreet nr. 16/2012 vastgestelde stopzetting van deze procedure, is in een lopende procedure van de nationale regelgevende instantie ingegrepen door twee staatsinstellingen die hiertoe volgens het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader niet bevoegd zijn. Met name heeft noch het ministerie, noch de wetgever in het onderhavige geval als bevoegde toezichtsinstantie (artikel 3, lid 3 bis, tweede volzin, van richtlijn 2002/21) of als bevoegde beroepsinstantie naar aanleiding van een concreet rechtsmiddel gehandeld (artikel 3, lid 3 bis, derde volzin, van richtlijn 2002/21). Beide instellingen hebben veeleer van buitenaf en, voor zover duidelijk, uit zuiver politieke overwegingen invloed op het verloop van de procedure uitgeoefend. Juist tegen een dergelijke beïnvloeding op politieke gronden door buitenstaanders moet echter het werk van een nationale regelgevende instantie in de geest van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader worden beschermd (zie daartoe wederom de tweede volzin van overweging 13 van richtlijn 2009/140).

31 Hoe ver deze onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties gaat, laat het arrest van 3 december 2009, Commissie/Duitsland (C-424/07, EU:C:2009:749, met name punten 83, 91, 94, 99 en 106), duidelijk zien, waarin het Hof herhaaldelijk de discretionaire bevoegdheid van deze instanties en hun bevoegdheid om tussen verschillende reguleringsdoelstellingen een afweging te maken, benadrukt.

51. Slechts terloops merk ik op dat het onderhavige geval op geen enkele wijze vergelijkbaar is met de zaken waarin het Hof de mogelijkheid heeft erkend dat een aanbesteding wordt herroepen, zonder dat deze mogelijkheid tot uitzonderlijke gevallen of gewichtige redenen zou zijn beperkt. [32] In deze arresten, die allemaal tot het gebied van de overheidsopdrachten behoren, zijn de ter discussie staande aanbestedingen namelijk telkens door de publieke opdrachtgever zelf herroepen, derhalve juist door de instelling die de desbetreffende procedure op eigen verantwoording voerde en niet – zoals in casu – door een andere, buitenstaande instelling.

52. Alles in aanmerking genomen leidt een handelwijze zoals die van het Italiaanse ministerie van Economische Ontwikkeling en van de Italiaanse wetgever, waarmee een lopende procedure van de nationale regelgevende instantie om te beginnen is geschorst en later is afgebroken, derhalve tot schending van de onafhankelijkheid van deze regelgevende instantie.

b) Het vertrouwensbeginsel van het recht van de Unie (vijfde prejudiciële vraag)

53. Ter aanvulling op de zojuist besproken eerste vraag, beoogt de vijfde vraag te verduidelijken of de Italiaanse staat, met het afbreken van de nog niet voltooide procedure voor de toewijzing van televisiefrequenties uit het digitale dividend, het vertrouwensbeginsel van het recht van de Unie heeft geschonden.

54. Zoals het Hof reeds herhaaldelijk heeft benadrukt, behoort het vertrouwensbeginsel tot één van de fundamentele beginselen van de Unie. [33] Evenwel kan slechts degene die nauwkeurige, onvoorwaardelijke en overeenstemmende toezeggingen heeft gekregen, die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn, met succes een beroep doen op dit beginsel. [34]

55. Daaraan ontbreekt het hier heel duidelijk. Aan de deelnemers aan de eerste, later nietig verklaarde aanbesteding zijn namelijk geen toezeggingen gedaan van de zijde van de bevoegde Italiaanse instanties, waaruit had kunnen worden afgeleid dat deze ondernemingen bepaalde uit het digitale dividend afkomstige televisiefrequenties zouden worden gegund. Met name houdt alleen de omstandigheid dat de aanbieding van een deelnemer ontvankelijk is verklaard, anders dan een tijdens de mondeling behandeling aangevoerde mening, nog geen bindende uitspraak in dat deze deelnemer aan het eind van de procedure de gunning verkrijgt.

56. Het kan zijn dat sommige gegadigden – meer bepaald Europa Way, die voor een van de betrokken multiplexen als enige een verzoek tot deelname had ingediend – destijds serieus verwachtingen mochten koesteren een gunning te verkrijgen. Zolang echter de aanbestedingsprocedure niet was afgesloten en niet was overgegaan tot gunning, konden deze loutere verwachtingen zich niet tot een gewettigde verwachting op een bepaalde uitkomst van de procedure ontwikkelen. De deelname aan een procedure biedt op zichzelf namelijk nog geen garantie en vormt geen basis voor een gewettigd vertrouwen dat men succesvol uit de procedure te voorschijn zal komen.

57. Bijgevolg kan in een geval zoals het onderhavige niet met succes een beroep worden gedaan op mogelijke op het vertrouwensbeginsel van het recht van de Unie gebaseerde grieven.

32 Arresten van 16 september 1999, Fracasso en Leitschutz (C-27/98, EU:C:1999:420, punt 25); 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punt 40), en 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, punt 31).

33 Arresten van 5 mei 1981, Dürbeck (112/80, EU:C:1981:94, punt 48), en 24 maart 2011, ISD Polska e.a. (C-369/09 P, EU:C:2011:175, punt 122).

34 Arresten van 14 juni 2016, Marchiani/Parlement (C-566/14 P, EU:C:2016:437, punt 77), en 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570, punt 62); zie bovendien arresten van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie (C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416, punt 147), en 16 december 2008, Masdar (UK)/Commissie (C-47/07 P, EU:C:2008:726, punten 81 en 86).

2. Enige nadere procedurele problemen (tweede prejudiciële vraag)

58. Enige procedurele vereisten van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader worden met de tweede vraag, maar ook met bepaalde aspecten van de eerste vraag van de Consiglio di Stato aangekaart. Daarmee moet duidelijk worden of met een wettelijke maatregel zoals artikel 3 quinquies van wetsdecreet nr. 16/2012 het Unierechtelijke vereiste inzake een voorafgaande openbare raadpleging werd geschonden [zie daartoe zo meteen onderdeel a)], alsook of de Italiaanse wetgever bij deze gelegenheid regelgevende taken heeft uitgeoefend, die het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader voorbehoudt aan de nationale regelgevende instanties [zie daartoe aansluitend onderdeel b)].

a) Vereiste inzake een voorafgaande openbare raadpleging

59. De openbare raadpleging, waarnaar de Consiglio di Stato in zijn tweede prejudiciële vraag verwijst, is volgens artikel 7, lid 1, onder b), van richtlijn 2002/20 juncto artikel 6 van richtlijn 2002/21 voorgeschreven voor het geval dat een lidstaat overweegt het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties te beperken. Alle belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, moeten worden geraadpleegd.

60. Het staat vast dat de tweede, nieuwe aanbesteding uiteindelijk in vergelijking tot de eerste, nietig verklaarde aanbesteding minder televisiefrequenties omvatte, namelijk nog maar drie digitale multiplexen in plaats van de oorspronkelijk aanbestede vijf. Daarmee werd het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties beperkt in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van richtlijn 2002/20, hetgeen een openbare raadpleging overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 2002/21 noodzakelijk maakte.

61. Zoals echter uit het dossier blijkt en tijdens de mondelinge behandeling is bevestigd, heeft niet reeds de Italiaanse wetgever zelf met artikel 3 quinquies van wetsdecreet nr. 16/2012 deze beperking van het aantal voor toewijzing voorziene multiplexen aangebracht, maar pas AGCOM bij de concrete uitvoering van de tweede aanbesteding.

62. Anders dan de Commissie lijkt te menen, vormt ook het vereiste van de wetgever dat de nieuw uit te voeren frequentietoewijzing op betaling moet berusten, geen beperking van het *aantal* beschikbare frequenties. Artikel 7, lid 1, onder b), van richtlijn 2002/20 voorziet alleen bij een beperking van het *aantal* in een verplichting tot raadpleging overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 2002/21.

63. Dienovereenkomstig rustte de verplichting tot raadpleging overeenkomstig artikel 7, lid 1, onder b), van richtlijn 2002/20 juncto artikel 6 van richtlijn 2002/21 in casu niet op de wetgever, maar alleen op AGCOM, die deze verplichting – voor zover duidelijk is uit de weergave van de feiten in de verwijzingsbeslissing – in de aanloop naar haar besluit 277/13/CONS ook is nagekomen. [35]

64. Derhalve duidt niets op schending van genoemde Unierechtelijke verplichting tot raadpleging.

b) Vermeende uitoefening van regelgevende taken door de nationale wetgever

65. Bovendien moet naar aanleiding van de eerste prejudiciële vraag nog worden nagegaan of de Italiaanse wetgever door een nieuwe op betaling berustende toewijzingsprocedure te eisen, zelf de taken van een nationale regelgevende instantie heeft uitgeoefend.

35 Zie daartoe hierboven, punt 26 van deze conclusie.

66. Een dergelijke handelwijze zou trouwens slechts binnen zeer nauwe grenzen zijn toegestaan, zoals het Hof deze in het arrest Base e.a. heeft uitgewerkt.[36] Nog kleiner, ja zelfs onbestaand, zou de Unierechtelijke speelruimte zijn voor de uitoefening van regelgevende taken door de nationale wetgever sinds de inwerkingtreding van wijzigingsrichtlijn 2009/140, in de considerans waarvan duidelijk wordt gemaakt dat „een nationale instantie ongeschikt [is] om volgens het regelgevingskader op te treden als een nationale regelgevende instantie", omdat anders politieke druk en externe interventie op het verrichten van regelgevende taken vallen te vrezen.[37]

67. Het begrip *regelgevende taken*, die een of meer nationale regelgevende instanties moeten uitoefenen [zie artikel 2, onder g), van richtlijn 2002/21][38], is nergens in de richtlijnen van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader algemeen omschreven. Het is echter duidelijk dat geenszins *alle* taken en verplichtingen die op grond van dat regelgevingskader op nationaal niveau moeten worden verricht, noodzakelijkerwijze aan de regelgevende instanties moeten worden opgedragen.

68. Weliswaar zijn in de richtlijnen talrijke bepalingen te vinden die met name betrekking hebben op het werk van de nationale regelgevende instanties en de daaraan voorbehouden taken (zie onder meer artikel 3, leden 1, 3 en 3 bis, artikel 6, lid 1, en artikel 8, lid 1, laatste alinea, en lid 2, van richtlijn 2002/21). Ten minste evenveel bepalingen richten zich echter heel algemeen tot „de lidstaten", die in het kader van hun institutionele autonomie[39] zelf kunnen beslissen aan welke binnenlandse autoriteit zij het verrichten van de desbetreffende taken opdragen.

69. Bijzondere vermelding verdient in dit verband artikel 9, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2002/21, dat heel algemeen de *lidstaten* – en niet met name de *nationale regelgevende instanties* of de *bevoegde nationale instanties* – opdraagt ervoor te zorgen dat de radiofrequenties efficiënt worden beheerd en daarbij naar behoren rekening te houden met het feit dat radiofrequenties een publiek goed zijn dat een belangrijke maatschappelijke, sociale en economische waarde heeft (zie eveneens overweging 21 van richtlijn 2002/21).

70. Terwijl de nationale wetgever met inachtneming van alle voorwaarden van het recht van de Unie, het algemene kader voor de totstandbrenging en de exploitatie van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten moet omschrijven, is het aan de nationale regelgevende instanties om binnen dat kader afzonderlijke besluiten te nemen, geschillen te beslechten en door middel van marktregulering ex ante de details van de werking van dergelijke netwerken en diensten vast te stellen (zie in deze zin eveneens artikel 3, lid 3 bis, van richtlijn 2002/21 en de tweede volzin van overweging 13 van richtlijn 2009/140).

71. De vaststelling of in een lidstaat digitale televisiefrequenties kosteloos of tegen betaling moeten worden toegewezen, vormt echter niet een dergelijk afzonderlijk besluit en ook geen detail van de werking van de betrokken communicatienetwerken en -diensten, maar veeleer een politiek beginselbesluit, waarbij de nationale autoriteiten niet in de laatste plaats naar behoren rekening moeten houden met de belangrijke economische waarde van deze frequenties (zie artikel 9, lid 1, eerste volzin, en overweging 21 van richtlijn 2002/21).

72. Zoals de Italiaanse regering en Cairo Network terecht aanvoeren, behoort een dergelijk beginselbesluit niet tot de regelgevende taken in de zin van artikel 2, onder g), van richtlijn 2002/21. Het kon derhalve door de nationale wetgever worden getroffen en behoefde niet noodzakelijkerwijze aan de nationale regelgevende instantie AGCOM te worden voorbehouden.

36 Zie daartoe arrest van 6 oktober 2010, Base e.a. (C-389/08, EU:C:2010:584, punten 26-30).

37 Overweging 13, derde volzin, van richtlijn 2009/140.

38 Zie met betrekking tot de mogelijkheid om in het kader van de institutionele autonomie van de lidstaten regelgevende taken over te dragen aan meerdere binnenlandse autoriteiten, arresten van 6 maart 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, EU:C:2008:143, punten 18, 19 en 24); 6 oktober 2010, Base e.a. (C-389/08, EU:C:2010:584, punt 26); 17 september 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, punt 53), en 19 oktober 2016, Ormaetxea Garai en Lorenzo Almendros (C-424/15, EU:C:2016:780, punt 30).

39 Zie met betrekking tot de institutionele autonomie van de lidstaten, overweging 11 van richtlijn 2002/21.

3. De aan de tweede aanbesteding gestelde materieelrechtelijke eisen (derde, vierde en zesde prejudiciële vraag)

73. Met zijn derde, vierde en zesde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de nietigverklaring van de eerste aanbesteding door de Italiaanse wetgever en met name de daarop aansluitende uitschrijving van een tweede aanbesteding onder fundamenteel gewijzigde voorwaarden verenigbaar waren met verschillende materieelrechtelijke bepalingen en beginselen van het recht van de Unie.

74. Een aantal van deze vragen zijn, zoals ik hierboven heb uiteengezet[40], geheel of gedeeltelijk niet-ontvankelijk. Bijgevolg bespreek ik ze hieronder enkel subsidiair. Bovendien acht ik het, gelet op de talrijke inhoudelijke overlappingen tussen de genoemde vragen, juist om ze gezamenlijk te onderzoeken en de bespreking ervan te concentreren op de essentiële elementen van de opgeworpen rechtsvragen.

75. In wezen wenst de Consiglio di Stato uitsluitsel of de Italiaanse Staat de genoemde voorwaarden heeft geschonden, toen hij met betrekking tot de verdeling van het digitaal dividend een nieuwe, op betaling berustende aanbesteding heeft uitgeschreven en daarbij het aantal toe te wijzen digitale multiplexen in vergelijking tot de geannuleerde oorspronkelijke aanbestedingsronde van vijf naar drie verminderde.

76. Inhoudelijke voorwaarden voor de toewijzing van televisiefrequenties worden in de eerste plaats gesteld in verschillende bepalingen van afgeleid recht van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader, namelijk in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21, in de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20 en in de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77. Al deze bepalingen brengen gemeenschappelijk tot uitdrukking dat de lidstaten bij de frequentietoewijzing over een zekere handelingsvrijheid beschikken, waarvan zij evenwel met inachtneming van de algemene beginselen van non-discriminatie, transparantie en evenredigheid van het recht van de Unie gebruik moeten maken, waarbij zij ook moeten zorgen voor een doelmatig beheer en gebruik van de frequenties en naar behoren rekening moeten houden met de mededinging en het pluralisme van de media.

a) Op betaling berustende toewijzing in het kader van de tweede aanbesteding

77. In het middelpunt van het geschil tussen de deelnemers aan de procedure staat de met de derde en de zesde prejudiciële vraag aangekaarte omstandigheid dat de frequentietoewijzing in het kader van de nieuwe tweede aanbesteding op betaling berustte, nadat de Italiaanse wetgever de voorafgaande eerste aanbesteding nietig heeft verklaard, nog voordat deze kon worden voltooid. Terwijl Europa Way en Persidera de thans op betaling berustende toewijzing van televisiefrequenties in strijd met het recht van de Unie achten, nemen alle andere deelnemers aan de procedure het tegenovergestelde standpunt in.

– In principe vormt kosteloosheid geen vereiste van het recht van de Unie

78. Zoals met name de Commissie terecht aanvoert, schrijft geen van de bepalingen van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader dwingend voor dat de toewijzing van televisiefrequenties kosteloos en alleen op grond van de geschiktheid van de deelnemers (bijvoorbeeld door middel van een „beauty contest") dient te geschieden. De verwijzing naar „vergelijkende en op mededinging gebaseerde selectieprocedures" in artikel 5, lid 4, en in artikel 7, lid 4, van richtlijn 2002/20 is integendeel voldoende ruim geformuleerd om zowel kosteloze als op betaling berustende toewijzingsmodellen te kunnen omvatten.

40 Zie hierboven, punten 33-44 van deze conclusie.

79. Zeker voor de hand liggend is een *op betaling berustende* frequentietoewijzing, wanneer daarenboven wordt gedacht aan de Unierechtelijke voorwaarde van artikel 9, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2002/21, volgens welke de lidstaten naar behoren rekening moeten houden met het feit dat radiofrequenties een publiek goed zijn dat een belangrijke maatschappelijke, sociale en *economische waarde* heeft. [41]

80. Bij de bepaling van de inhoud van het kader voor een op betaling berustende frequentietoewijzing moeten beslist de overige belangrijke voorwaarden van de Uniewetgever in aanmerking worden genomen, met name met betrekking tot de mededinging. Tot de fundamentele desiderata van het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader behoort immers de bevordering van de mededinging [zie met name artikel 7, lid 1, onder a), van richtlijn 2002/20 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2002/21] [42] en het voorkomen van verstoringen daarvan op het gebied van de elektronischecommunicatienetwerken en -diensten [zie met name artikel 5, lid 6, van richtlijn 2002/20 en artikel 8, lid 2, onder b), van richtlijn 2002/21], gepaard aan inspanningen ter bevordering van het pluralisme van de media [zie daartoe artikel 8, lid 1, derde alinea, en artikel 9, lid 4, tweede alinea, onder d), en overweging 6 van richtlijn 2002/21, alsmede artikel 11, lid 2, van het Handvest van de grondrechten]. De mededinging en het pluralisme van de media weerspiegelen zich heel concreet in de door het recht van de Unie gewaarborgde vrijheid om elektronischecommunicatienetwerken en -diensten aan te bieden (artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/20 en artikel 2, lid 2, van richtlijn 2002/77).

81. Tegen deze achtergrond moet de betaling voor de toewijzing van digitale televisiefrequenties alsook een mogelijk minimumbod bij de veiling van dergelijke frequenties gematigd uitvallen, zodat de reeds op de televisiemarkt actieve ondernemingen en degenen die voornemens zijn tot deze markt toe te treden, ongeacht hun omvang voldoende financiële middelen resteren voor investeringen in de nodige technologieën en voor de beschikbaarstelling van kwalitatief hoogstaande inhoud. [43] Bovendien moet de nationale regelgevende instantie waarborgen dat aan een dergelijke toewijzingsprocedure alleen ondernemingen deelnemen die – afgemeten aan objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige criteria – alle waarborgen bieden dat zij, op een door mededinging en pluralisme gekenmerkte mediamarkt, geschikte en betrouwbare exploitanten van elektronischecommunicatienetwerken zullen zijn.

82. Er kan echter niet worden aangenomen dat mededinging en pluralisme op de televisiemarkt alleen bij een kosteloze frequentietoewijzing zijn te waarborgen. [44]

83. Met name kan uit het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader nergens een op de een of andere manier vormgegeven *verplichting* van Italië worden afgeleid dat moet worden afgezien van een vergoeding voor de toewijzing van digitale frequenties. Een andere conclusie vloeit niet voort uit de door de nationale rechter en meerdere deelnemers aan de procedure aangevoerde omstandigheid dat de in het onderhavige geval ter discussie staande verdeling van het digitale dividend uiteindelijk dient ter correctie van met het recht van de Unie strijdige situaties in Italië, zoals deze door het Hof in het arrest Centro Europa 7 [45] en door de Commissie in de nog lopende niet-nakomingsprocedure [46] aan de

41 In deze zin arrest van 10 maart 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punt 27).

42 Zie eveneens arrest van 23 april 2015, Commissie/Bulgarije (C-376/13, EU:C:2015:266, punt 69).

43 Zie in deze zin arresten van 10 maart 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punt 28), en 21 maart 2013, Belgacom e.a. (C-375/11, EU:C:2013:185, punten 50 en 51).

44 Zie daartoe eveneens arrest van 10 maart 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punt 29), volgens hetwelk een te lage heffing een efficiënt gebruik van radiofrequenties als schaarse hulpbronnen kan tegengaan.

45 Arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

46 Zie betreffende deze niet-nakomingsprocedure, hierboven voetnoten 2 en 30 van deze conclusie.

kaak zijn gesteld. Bij het nakomen van hun verplichting tot het opheffen van de met het recht van de Unie strijdige situatie [47] beschikten de bevoegde autoriteiten in Italië immers over een handelingsvrijheid [48], die meer dan slechts één enkele handelingsmogelijkheid – en dus ook andere mogelijkheden dan de kosteloze frequentietoewijzing – omvatte.

– Geen discriminatie van nieuwe netwerkexploitanten ten opzichte van reeds bestaande netwerkexploitanten

84. De verwijzende rechter laat nog de zorg doorklinken dat de heffing van een vergoeding voor met name de in casu litigieuze televisiefrequenties uit de derde groep digitale multiplexen [49] nieuwe netwerkexploitanten ten opzichte van de reeds op de markt actieve ondernemingen (de zogenaamde „incumbents") zou kunnen discrimineren, met name ten opzichte van de beide marktleiders, Rai en Mediaset. Laatstgenoemden hebben immers, zoals ook Europa Way en Persidera benadrukken, hun televisiefrequenties uit de eerste en de tweede groep verkregen, zonder op het moment van verkrijging van die gebruiksrechten een financiële tegenprestatie te leveren.

85. Het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie [50], dat inmiddels ook in de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten is verankerd en bovendien op talrijke plaatsen in het nieuwe gemeenschappelijk regelgevingskader wordt weerspiegeld [51], houdt volgens vaste rechtspraak in dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld. [52]

86. De vergelijkbaarheid van situaties moet met name worden beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de desbetreffende maatregel. Bovendien moet rekening worden gehouden met de beginselen en doelstellingen van het gebied waaronder de betrokken handeling valt. [53]

87. In het onderhavige geval diende de kosteloze toewijzing van digitale televisiefrequenties uit de eerste en de tweede groep aan Rai en Mediaset ertoe de dubbele doelstelling om de continuïteit van het televisieaanbod in Italië te waarborgen en om reeds verrichte investeringen in digitale technologie te honoreren. [54] Met betrekking tot deze doelstelling bevinden de reeds op de televisiemarkt actieve ondernemingen en de nieuw toe die markt toetredende ondernemingen zich niet in een vergelijkbare situatie.

88. Tegen deze achtergrond zijn er voor discriminatie tussen deze beide groepen ondernemingen – in elk geval op grond van de voor het Hof beschikbare informatie – niet voldoende aanknopingspunten.

47 Arrest van 21 juni 2007, Jonkman e.a. (C-231/06–C-233/06, EU:C:2007:373, punten 37 en 38).

48 Zoals het Hof in verband met kansspelconcessies heeft geoordeeld, kunnen zowel de intrekking en herverdeling van de oude concessies als de uitschrijving van een aanbesteding voor een passend aantal nieuwe concessies, gepaste oplossingen zijn om de onrechtmatige uitsluiting van bepaalde exploitanten althans voor de toekomst te verhelpen; zie arresten van 6 maart 2007, Placanica (C-338/04, C-359/04 en C-360/04, EU:C:2007:133, punt 63); 16 februari 2012, Costa (C-72/10 en C-77/10, EU:C:2012:80, punt 52), en 22 januari 2015, Stanley International Betting en Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, punt 35).

49 Zie betreffende de indeling van de toe te wijzen frequenties in drie groepen digitale multiplexen, hierboven punt 22 van deze conclusie.

50 Zie met betrekking tot deze begrippen bijvoorbeeld arrest van 12 september 2006, Eman en Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, punt 57).

51 Zie met name artikel 9, lid 1, tweede volzin, en overweging 19 van richtlijn 2002/21, artikel 5, lid 2, tweede alinea, en artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/20, en artikel 2, lid 4, en artikel 4, punt 2, van richtlijn 2002/77.

52 Arresten van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punt 23); 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punten 54 en 55), en 21 december 2016, Vervloet e.a. (C-76/15, EU:C:2016:975, punt 74).

53 Arresten van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punten 25 en 26); 1 maart 2011, Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop e.a. (C-236/09, EU:C:2011:100, punt 29); 11 juli 2013, Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 167), en 6 november 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, punt 51).

54 Zie daartoe hierboven punt 22 van deze conclusie. Ook tijdens de mondeling behandeling is deze omstandigheid door meerdere deelnemers aan de procedure benadrukt.

89. Ik voeg daaraan toe dat het waarborgen van de continuïteit van het televisieaanbod daarenboven zeker ook een doelstelling van algemeen belang vormt, die in principe een mogelijke ongelijke behandeling lijkt te kunnen rechtvaardigen, voor zover deze ongelijke behandeling strikt binnen het kader blijft van hetgeen met inachtneming van de mededinging en het pluralisme van de media noodzakelijk is om de genoemde doelstelling coherent en systematisch te bereiken. [55]

90. In dat verband is van belang dat in Italië over het gebruik van *alle* digitale televisiefrequenties jaarlijkse licentievergoedingen worden geheven. [56] Derhalve kunnen ook de reeds voor de overgang naar digitale televisie op de markt actieve ondernemingen (de „incumbents") hun digitale frequenties in feite niet kosteloos gebruiken, maar verrichten daarvoor periodiek betalingen aan de staat. Omgekeerd wordt de door een netwerkexploitant, die op de veiling nieuwe frequenties uit de derde groep – het digitale dividend – heeft verkregen, betaalde vergoeding in mindering gebracht op zijn licentievergoedingen van de jaren daarna. [57] In dergelijke omstandigheden kan worden aangenomen dat de op betaling berustende toewijzing van de televisiefrequenties uit de derde groep niet tot een buitensporige beperking van de mededinging of het pluralisme van de media leidt.

b) Beperking van het aantal toe te wijzen digitale frequenties

91. Naast de op betaling berustende toewijzing van de frequenties is in de procedure voor het Hof eveneens terloops de omstandigheid besproken dat in de tweede aanbestedingsronde in vergelijking tot de eerste, geannuleerde aanbestedingsronde in minder toe te wijzen digitale multiplexen was voorzien, namelijk nog maar drie in plaats van de oorspronkelijke vijf. Dat aspect wordt met de vierde vraag van de verwijzende rechter aangeroerd.

92. Een beperking van de ter beschikking gestelde frequenties is toegestaan voor zover deze met het oog op een efficiënt gebruik van het frequentiespectrum noodzakelijk is, geschiedt volgens objectieve en transparante criteria en voldoet aan de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid (zie met name artikel 9, lid 3, tweede alinea, en lid 4, van richtlijn 2002/21 en artikel 5, lid 4, tweede alinea, en leden 5 en 6, en artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/20 [58]).

93. Overeenkomstig de gelijkluidende verklaringen van meerdere deelnemers aan de procedure was in het onderhavige geval de vermindering van de toe te wijzen frequenties uit het digitale dividend met twee naar nog maar drie digitale multiplexen te wijten aan twee redenen: in de eerste plaats zouden bepaalde frequenties op grond van adviezen in het kader van de Internationale Telecommunicatie Unie (ITU) voortaan niet meer aan televisie, maar aan telecommunicatie zijn voorbehouden. In de tweede plaats liepen bepaalde frequenties een serieus risico van schadelijke interferentie. [59]

94. Het is niet de taak van het Hof, maar van de verwijzende rechter om te onderzoeken of deze beweringen juist zijn en of de beginselen van objectiviteit, transparantie, non-discriminatie en evenredigheid in acht zijn genomen wanneer uitgerekend in de in casu litigieuze derde groep van de te verdelen televisiefrequenties – derhalve met name in het kader van het digitale dividend – een vermindering van de beschikbare digitale multiplexen van vijf naar drie heeft plaatsgevonden.

55 Met deze problematiek houd ik mij uitvoeriger bezig in mijn conclusie van heden in de parallelle zaak Persidera (C-112/16, punten 63-72).

56 Deze omstandigheid is zowel tijdens de schriftelijke behandeling als tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof door meerdere deelnemers aan de procedure benadrukt, zonder dat Europa Way en Persidera dat hebben tegengesproken.

57 Volgens de verklaring van de Italiaanse regering tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof; de verwijzende rechter zal moeten nagaan of deze verklaring juist is.

58 Zie ook arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punt 100).

59 Ook Slovenië heeft in zijn opmerkingen in de zaak C-112/16 nadrukkelijk gewezen op de problematiek van dergelijke interferentie.

95. In het kader van deze prejudiciële procedure volstaat de vaststelling dat de genoemde redenen (in aanmerking nemen van de adviezen van de ITU en vermijding van schadelijke interferentie) van algemeen belang zijn en een vermindering van het aanbod aan digitale televisiefrequenties kunnen rechtvaardigen (zie eveneens artikel 9, lid 1, tweede alinea, en lid 4, van richtlijn 2002/21 en artikel 5, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 2002/20), vooropgesteld dat de daarna nog beschikbare frequenties uit het digitale dividend voldoende zijn om aan de mededinging en het pluralisme van de media te voldoen en in noemenswaardige omvang nieuwe toetredingen tot de markt mogelijk te maken.

96. Bij het onderzoek van de evenredigheid van de maatregelen tot vermindering van de beschikbare digitale multiplexen van vijf naar drie, zal de verwijzende rechter grondig moeten onderzoeken of niet in plaats van een vermindering van het digitale dividend (dat wil zeggen de in casu litigieuze digitale frequenties van de derde groep [60]) een vermindering van het aantal anderszins toe te wijzen multiplexen (derhalve de digitale frequenties van de eerste of de tweede groep) evenzeer – zo niet zelfs beter – geschikt zou zijn geweest om rekening te houden met de adviezen van de ITU en schadelijke interferentie te vermijden. Zoals ik in zaak C-112/16 nader uiteenzet [61], valt namelijk geenszins uit te sluiten dat er met name bij de eerste groep een overbedeling van Rai en Mediaset met digitale frequenties heeft plaatsgevonden, zodat aldaar een vermindering van de toe te wijzen multiplexen mogelijkerwijs minder ingrijpende gevolgen voor de mededinging op de televisiemarkt en voor het pluralisme van de media zou hebben gehad dan bij de derde groep, bij het digitale dividend.

VI. Conclusie

97. Tegen de achtergrond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging het verzoek van de Consiglio di Stato om een prejudiciële beslissing, als volgt te beantwoorden:

„1) Het is niet verenigbaar met artikel 3, leden 2 en 3 bis, van richtlijn 2002/21/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG, wanneer een door de nationale regelgevende instantie gevoerde, lopende toewijzingsprocedure van digitale televisiefrequenties op last van andere overheidsautoriteiten, die niet als bevoegde toezichtsinstantie of beroepsinstantie handelen, eerst wordt geschorst en later geheel wordt afgebroken.

2) Het vertrouwensbeginsel van het recht van de Unie staat er niet aan in de weg een nog lopende procedure van de nationale regelgevende instantie tot kosteloze toewijzing van digitale televisiefrequenties af te breken en in plaats daarvan voor dezelfde instantie een nieuwe procedure te voeren tot op betaling berustende toewijzing van dergelijke frequenties.

3) De nationale wetgever voert geen regelgevingstaken uit en valt ook niet onder de verplichting tot raadpleging krachtens artikel 7, lid 1, onder b), van richtlijn 2002/20/EG juncto artikel 6 van richtlijn 2002/21, wanneer hij voorschrijft dat televisiefrequenties tegen betaling zullen worden toegewezen.

4) Artikel 9 van richtlijn 2002/21, de artikelen 3, 5 en 7 van richtlijn 2002/20, en de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG staan niet in de weg aan de volgende maatregelen:

   a) een beperking van de speciaal voor kleinere netwerkexploitanten en voor nieuwe marktdeelnemers gereserveerde digitale televisiefrequenties, wanneer daarmee voorwaarden van algemeen belang of aanbevelingen op grond van toepasselijke internationale

60 Zie betreffende de indeling van de toe te wijzen frequenties in drie groepen digitale multiplexen nogmaals hierboven, punt 22 van deze conclusie.

61 Zie daartoe mijn conclusie van heden in de zaak Persidera (C-112/16, met name punten 67-71).

overeenkomsten in aanmerking worden genomen of wanneer frequentie-interferentie moet worden vermeden, vooropgesteld dat het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen en de toetreding tot de markt van nieuwe marktdeelnemers niet buitensporig wordt verzwaard;

b) een op betaling berustende toewijzing van digitale televisiefrequenties, indien bij deze toewijzing en met name bij de vaststelling van de vergoeding de beginselen van transparantie, non-discriminatie en evenredigheid in acht worden genomen en wordt gewaarborgd dat met deze toewijzing de mededinging op de televisiemarkt en het pluralisme van de media naar behoren worden bevorderd."