Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 30 mars 2017 [1]

Mål C-560/15

Europa Way Srl och
Persidera SpA
mot
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni m.fl.

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster – Direktiven 2002/20/EG, 2002/21/EG och 2002/77/EG – Övergång från analog till digital television – Tilldelning av digitala frekvenser till nätoperatörer – Nya digitala frekvenser (’digital utdelning’) – Ett pågående tilldelningsförfarande avbryts samt ersätts med ett nytt urvalsförfarande genom auktion mot vederlag – Skyldighet att i förväg genomföra ett offentligt samråd – Oberoende nationell regleringsmyndighet – Ingrepp från den nationella lagstiftaren i ett pågående förfarande vid regleringsmyndigheten”

I. Inledning

1. Övergången från analog till digital television utgjorde ett mycket stort tekniskt steg som har genomförts utan större svårigheter i de flesta europeiska privathushåll. Däremot har den rättsliga dimensionen av denna omställning förlöpt mindre friktionsfritt på vissa håll. Särskilt situationen i Italien har ur ett unionsrättsligt perspektiv upprepade gånger medfört anledning till kritik med avseende på mediemångfalden och konkurrensen på tv-marknaden, kritik som redan har utmynnat i ett fördragsbrottsförfarande mot Republiken Italien [2] och till en dom från domstolen i ett mål om förhandsavgörande. [3]

2. Förevarande mål avser inte tilldelningen av *samtliga* frekvenser som ska tilldelas med anledning av övergången från analog till digital television, utan endast fördelningen av de nya frekvenser som tillkommit på grund av den tekniska utvecklingen och som inte redan från början var reserverade för de nätoperatörer som redan var aktiva på marknaden. Två italienska nätoperatörer, Europa Way och

1 Originalspråk: tyska.

2 Fördragsbrottsförfarande nr 2005/5086 (se kommissionens pressmeddelanden IP/06/1019 av den 19 juli 2006 och IP/07/1114 av den 18 juli 2007). Detta förfarande, i vilket kommissionen lämnade ett motiverat yttrande i juli 2007 i den mening som avses i artikel 258 första stycket FEUF (f.d. artikel 226 första stycket EG), har ännu inte avslutats.

3 Dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

Persidera,[4] har väckt talan vid domstol mot att det nationella förfarandet för fördelningen av denna ”digitala utdelning”[5] ställdes in efter förordnande från det italienska ministeriet för ekonomisk utveckling,[6] sedan ogiltigförklarades av den italienska lagstiftaren och slutligen gjordes om med grundläggande förändringar av villkoren.

3. Det ankommer nu på EU-domstolen att avgöra huruvida, och i så fall i vilken utsträckning, dessa transaktioner utgör ett intrång i den nationella italienska regleringsmyndighetens – Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni[7] (AGCOM) – befogenheter och oberoende. Det ska dessutom klargöras huruvida det nya förfarandet mot vederlag var förenligt med de unionsrättsliga kraven och huruvida det första förfarandet som inte slutfördes kunde innebära att de berörda företagen fick berättigade förväntningar avseende en särskild utgång i förfarandet, vilka omintetgjordes genom ministeriets och lagstiftarens ingripanden.

4. Avgörande för bedömningen av detta problem är det sedan år 2002 gällande ”nya gemensamma regelverket”, vilket består av flera direktiv från unionslagstiftaren samt de allmänna unionsrättsliga principerna.

5. Det aktuella förfarandet i mål C-560/15 har ett nära samband med förfarandet för förhandsavgörande i mål C-112/16, i vilket jag även meddelar mitt förslag till avgörande i dag. De rättsfrågor som har uppkommit där gäller visserligen i huvudsak samma unionsrättsliga bestämmelser och principer, men rör inte den digitala utdelningen och de rättsliga problem som har uppkommit är helt andra.

II. Tillämpliga bestämmelser

6. Den unionsrättsliga ramen i förevarande mål utgörs av tre direktiv från år 2002 om elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, vilka samtliga ingår i det nya gemensamma regelverket för elektroniska kommunikationstjänster och kommunikationsnät samt tillhörande faciliteter och tjänster, nämligen ramdirektivet (direktiv 2002/21/EG),[8] auktorisationsdirektivet (direktiv 2002/20/EG)[9] och konkurrensdirektivet (direktiv 2002/77/EG).[10] De båda förstnämnda direktiven gäller i sin lydelse enligt direktiv 2009/140/EG.

4 Persidera är rättslig efterträdare till Telecom Italia Media Broadcasting (nedan kallad TIMB). Vid den slutgiltiga övergången till digital television bedrev TIMB två analoga (”La 7” och ”MTV”) och två digitala (”TIMB1” och ”MBONE”) tv-kanaler i Italien.

5 Angående begreppet digital utdelning, se skäl 26 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 om ändring av direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/19/EG om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter och direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EUT L 337, 2009, s. 37, och rättelse i EUT L 241, 2013, s. 8). Se dessutom punkt 1 i meddelande från Europeiska kommissionen av den 13 november 2007, ”Maximal nytta av den digitala utdelningen i Europa: Ett gemensamt sätt att hantera det spektrum som frigörs i samband med övergången till digitala sändningar”, KOM(2007) 700 slutlig.

6 Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

7 Kommunikationsregleringsmyndigheten.

8 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 33).

9 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 21).

10 Kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (konkurrensdirektiv) (EGT L 249, 2002, s. 21).

A. Ramdirektivet (direktiv 2002/21)

7. Inledningsvis ska hänvisas till skälen 6 och 21 i direktiv 2002/21, vilka i relevanta delar har följande lydelse:

”(6) Regleringen av den audiovisuella politiken och innehållet genomförs för att nå mål som avser allmänintresset, som yttrandefrihet, mediemångfald, opartiskhet, kulturell och språklig mångfald, social delaktighet, konsumentskydd och skydd av minderåriga. …

…

(21) Medlemsstaterna får vid tilldelningen av radiofrekvenser och nummer med exceptionellt ekonomiskt värde bland annat använda urvalsförfaranden som bygger på konkurrens eller jämförelse. …”

8. I kompletterande syfte ska även hänvisas till skäl 13 i direktiv 2009/140, genom vilket bland annat direktiv 2002/21 ändrades. I detta skäl anges följande:

”(13) De nationella regleringsmyndigheternas oberoende bör stärkas för att säkerställa en effektivare tillämpning av regelverket samt öka deras befogenheter och förutsägbarheten i deras beslut. I den nationella lagstiftningen bör det därför införas uttryckliga regler som säkerställer att den nationella regleringsmyndighet som har ansvaret för förhandsreglering av marknaden, eller för lösning av tvister mellan företag, skyddas mot extern inblandning eller politiska påtryckningar som kan äventyra dess oberoende bedömning av frågor som förelagts den när den fullgör sina åligganden. På grund av sådan yttre påverkan är det olämpligt att ett nationellt lagstiftande organ agerar som regleringsmyndighet enligt regelverket. …”

9. Enligt definitionerna i artikel 2 g i direktiv 2002/21 avses i detta direktiv med

”*nationell regleringsmyndighet*: ett eller flera organ som av en medlemsstat har fått i uppdrag att utföra någon av de regleringsuppgifter som fastställs i detta direktiv och i särdirektiven.”

10. I artikel 3 i direktiv 2002/21, med rubriken ”[n]ationella regleringsmyndigheter”, föreskrivs i relevanta delar följande:

”1. Medlemsstaterna skall säkerställa att alla uppgifter som åvilar de nationella regleringsmyndigheterna enligt detta direktiv och enligt särdirektiven fullgörs av ett behörigt organ.

2. Medlemsstaterna skall garantera sina respektive nationella regleringsmyndigheters oberoende …

3. Medlemsstaterna ska säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna utövar sina befogenheter på ett sätt som är opartiskt, öppet redovisat och punktligt. Medlemsstaterna ska säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna har tillräckliga finansiella och personella resurser för att kunna utföra de uppgifter de tilldelats.

3a. Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i punkterna 4 och 5 ska de nationella regleringsmyndigheter som har ansvaret för förhandsreglering av marknaden eller för lösning av tvister mellan företag i enlighet med artiklarna 20 eller 21 i detta direktiv agera oberoende och inte begära eller ta emot instruktioner från något annat organ i samband med utövandet av dessa uppgifter som tilldelats dem enligt den nationella lagstiftning som genomför gemenskapslagstiftningen. Detta ska inte förhindra översyn i enlighet med nationell konstitutionell rätt. Endast överklagandeinstanser som inrättats i enlighet med artikel 4 ska ha befogenheter att upphäva eller undanröja de nationella regleringsmyndigheternas beslut.

…”

11. Under rubriken ”Förfarande för samråd och insyn” föreskrivs följande i artikel 6 i direktiv 2002/21:

”När de nationella regleringsmyndigheterna avser att vidta åtgärder i enlighet med detta direktiv eller särdirektiven eller om de avser att införa restriktioner i enlighet med artiklarna 9.3 och 9.4, som har betydande inverkan på den relevanta marknaden ska medlemsstaterna, förutom i de fall som omfattas av artikel 7.9, 20 eller 21, se till att de nationella regleringsmyndigheterna ger de berörda parterna möjlighet att yttra sig om det förslaget till åtgärd med en skälig tidsfrist.

De nationella regleringsmyndigheterna ska offentliggöra sina nationella samrådsförfaranden.

Medlemsstaterna ska säkerställa att det inrättas ett gemensamt informationsställe där det kan erhållas information om alla pågående samrådsförfaranden.

De nationella regleringsmyndigheterna ska göra resultatet av samrådsförfarandena allmänt tillgängliga, utom när det rör sig om sekretessbelagd information enligt bestämmelser om affärshemligheter i gemenskapsrätten och nationell rätt.”

12. Under rubriken ”Allmänna mål och regleringsprinciper” föreskrivs sedan bland annat följande i artikel 8.1 och 8.2 i direktiv 2002/21:

”1. Medlemsstaterna skall säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna, i samband med att de fullgör de regleringsuppgifter som anges i detta direktiv och i särdirektiven, vidtar alla rimliga åtgärder för att uppnå de mål som framgår av punkterna 2, 3 och 4. Åtgärderna skall stå i proportion till dessa mål.

…

2. De nationella regleringsmyndigheterna skall främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster samt tillhörande faciliteter och tjänster och därvid bland annat

…

b) säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation, bland annat i samband med överföring av innehåll,

…

d) främja en effektiv användning och säkerställa en ändamålsenlig förvaltning av radiofrekvenser och nummerresurser.”

13. Slutligen innehåller artikel 9 i direktiv 2002/21 följande bestämmelser avseende ”[f]örvaltning av radiofrekvenserna för elektroniska kommunikationstjänster”:

”1. Med hänsyn till att radiofrekvenser är en kollektiv nyttighet av stort socialt, kulturellt och ekonomiskt värde ska medlemsstaterna säkerställa en effektiv förvaltning av radiofrekvenserna för elektroniska kommunikationstjänster inom sitt territorium i enlighet med artiklarna 8 och 8a. De ska säkerställa att spektrumallokering för elektroniska kommunikationstjänster och utfärdande av allmän auktorisation eller individuella nyttjanderätter till sådana radiofrekvenser som utförs av behöriga nationella myndigheter grundas på objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella kriterier.

Vid tillämpningen av denna artikel ska medlemsstaterna respektera relevanta internationella avtal, inbegripet Internationella telekommunikationsunionens (ITU) radioreglemente, och får ta hänsyn till allmänintresset.

…

3. Om inte annat föreskrivs i andra stycket ska medlemsstaterna säkerställa att alla former av teknik som används för elektroniska kommunikationstjänster kan användas i de radiofrekvensband som förklarats tillgängliga för elektroniska kommunikationstjänster i sin nationella plan för frekvensallokering i enlighet med gemenskapslagstiftningen.Medlemsstaterna får dock fastställa proportionella och icke-diskriminerande begränsningar för de former av teknik för radionät eller trådlös tillgång som används för elektroniska kommunikationstjänster när det är nödvändigt för att

a) undvika skadliga störningar,

…

e) garantera en effektiv spektrumanvändning, eller

f) säkerställa ett mål av allmänt intresse i enlighet med punkt 4.

4. Om inte annat föreskrivs i andra stycket ska medlemsstaterna säkerställa att alla typer av elektroniska kommunikationstjänster kan tillhandahållas i de radiofrekvensband som förklarats tillgängliga för elektroniska kommunikationstjänster i deras nationella plan för frekvensallokering i enlighet med gemenskapslagstiftningen. Medlemsstater kan dock fastställa proportionella och icke diskriminerande begränsningar för de typer av elektroniska kommunikationstjänster som ska tillhandahållas, inbegripet, när det är nödvändigt, för att uppfylla en bestämmelse enligt ITU:s radioreglemente.

…”

B. Auktorisationsdirektivet (direktiv 2002/20)

14. Artikel 3.1 i direktiv 2002/20 innehåller följande bestämmelse om ”[a]llmän auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster”:

”Medlemsstaterna skall säkerställa friheten att tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster i enlighet med de villkor som anges i detta direktiv. …”

15. I artikel 5 i direktiv 2002/20 återfinns bland annat dessa bestämmelser om ”[n]yttjanderätter till radiofrekvenser och nummer”:

”1. Medlemsstaterna ska underlätta nyttjandet av radiofrekvenser som faller under allmän auktorisation. Vid behov får medlemsstaterna bevilja individuella nyttjanderätter i syfte att

– undvika skadlig störning,

– säkerställa tjänsternas tekniska kvalitet,

– garantera en effektiv spektrumanvändning, eller

– uppfylla andra mål av allmänt intresse som medlemsstaterna fastställt i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

2. Om individuella rättigheter måste beviljas för nyttjandet av radiofrekvenser och nummer ska medlemsstaterna på begäran bevilja företag sådana rättigheter för tillhandahållandet av nät eller tjänster enligt den allmänna auktorisation som avses i artikel 3, om detta inte strider mot bestämmelserna i artikel 6, artikel 7 och artikel 11.1 c i detta direktiv eller andra bestämmelser som ska säkerställa att dessa resurser används på ett effektivt sätt i enlighet med direktiv 2002/21/EG (ramdirektivet).

Utan att det påverkar de särskilda kriterier och förfaranden som medlemsstaterna antagit för att bevilja nyttjanderätter till radiofrekvenser för leverantörer av innehåll i radio- och tv-sändningar för att verka för de mål som avser allmänintressena i enlighet med gemenskapslagstiftningen, ska nyttjanderätterna till radiofrekvenser och nummer beviljas genom öppna, objektiva, icke-diskriminerande och proportionella förfaranden med god insyn och, i fråga om radiofrekvenser, i enlighet med bestämmelserna i artikel 9 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektivet). Ett undantag från kravet på öppna förfaranden kan tillämpas om det krävs att man beviljar leverantörerna av innehållstjänster för radio- eller tv-sändning individuella nyttjanderätter till radiofrekvenser för att uppnå ett mål av allmänt intresse som medlemsstaterna fastställt i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

…

4. …

När det gäller konkurrensförfaranden eller jämförande urvalsförfaranden för radiofrekvenser ska artikel 7 tillämpas.

5. Medlemsstaterna får inte begränsa antalet nyttjanderätter som ska beviljas annat än när detta är nödvändigt för att garantera en effektiv användning av radiofrekvenser i enlighet med artikel 7.

6. De behöriga nationella myndigheterna ska säkerställa att radiofrekvenserna används effektivt …”

16. Vad gäller ”[f]örfarande för att begränsa det antal nyttjanderätter som skall beviljas till radiofrekvenser” föreskrivs följande i artikel 7 i direktiv 2002/20:

”1. Om en medlemsstat överväger huruvida den ska begränsa det antal nyttjanderätter som ska beviljas till radiofrekvenser eller huruvida den ska förlänga befintliga rättigheters giltighet på annat sätt än i enlighet med de villkor som anges i dessa rättigheter, ska den bland annat:

…

b) ge alla berörda parter, inbegripet användare och konsumenter, tillfälle att lägga fram synpunkter på alla begränsningar i enlighet med artikel 6 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektiv),

…

3. Om beviljandet av nyttjanderätter till radiofrekvenser måste begränsas ska medlemsstaterna bevilja sådana rättigheter på grundval av objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella urvalskriterier. För urvalskriterierna ska vederbörlig vikt fästas vid huruvida målen i artikel 8 i direktiv 2002/21/EG (ramdirektivet) och kraven i artikel 9 i samma direktiv har uppnåtts.

4. Om konkurrensförfaranden eller jämförande urvalsförfaranden skall användas får medlemsstaterna förlänga den period på högst sex veckor som anges i artikel 5.3 med så lång tid som behövs, dock högst med åtta månader, för att garantera rättvisa, rimliga, öppna och tydliga förfaranden för alla berörda parter.

…”

C. Konkurrensdirektivet (direktiv 2002/77)

17. I artikel 2 i direktiv 2002/77, under rubriken ”[e]xklusiva och särskilda rättigheter för elektroniska kommunikationsnät och elektroniska kommunikationstjänster”, återfinns bland annat följande bestämmelser:

”…

2. Medlemsstaterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att alla företag har rätt att tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster samt att upprätta, utvidga eller tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät.

…

4. Medlemsstaterna skall säkerställa att en allmän auktorisation som beviljas företag för att tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster eller för att upprätta och/eller tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät samt villkoren för dessa grundas på objektiva, icke-diskriminerande, proportionerliga och genomblickbara kriterier.

…”

18. Slutligen innehåller artikel 4 i direktiv 2002/77 följande bestämmelse avseende ”[r]ätt att nyttja radiofrekvenser”:

”Utan att det påverkar de särskilda kriterier och förfaranden som medlemsstaterna antagit för att bevilja tillhandahållare av innehållstjänster för radio- och tv-sändningar rätt att nyttja radiofrekvenser i syfte att fullfölja allmänna intressemål i enlighet med gemenskapslagstiftningen gäller följande:

…

2. Tilldelningen av radiofrekvenser för särskilda kommunikationstjänster skall grundas på objektiva, genomblickbara, icke-diskriminerande och proportionerliga kriterier.”

III. Bakgrund och förfarandet i målet vid den nationella domstolen

19. Övergången från analog till digital television i Italien gjorde att det krävdes ett förfarande för att tilldela de nya, digitala sändningsfrekvenserna som är kraftfullare än de analoga.[11] I detta syfte meddelade AGCOM den 7 april 2009 beslut 181/09/CONS,[12] i vilket myndigheten fastställde kriterierna för den fullständiga digitaliseringen av markbundna nät och samtidigt fastställde en mekanism för tilldelning av de frekvenser som skulle fördelas för dessa. Detta beslut antogs mot bakgrund av ett pågående fördragsbrottsförfarande,[13] genom vilket Europeiska kommissionen uppmanat Italien att inte vid tilldelningen av sina digitala frekvenser gynna de operatörer av analoga tv-kanaler som redan var verksamma på marknaden.

11 En av de stora fördelarna med digital television är – till skillnad från analog television – att flera program kan sändas inom ett och samma frekvensområde.

12 Detta beslut vann laga kraft genom lagdekret (Decreto-legge) nr 59/2008 i förening med lag nr 101/2008.

13 Se ovan fotnot 2.

20. Tilldelningen av digitala frekvenser planerades genomföras i form av 21 så kallade multiplexrar för markbunden överföring i hela landet.[14] En multiplexer möjliggör härvidlag en integrering av olika audio- video- och datasignaler till en gemensam dataström, varigenom utnyttjandet av de frekvenser som står till förfogande optimeras.

21. För att säkerställa en rättvis fördelning av dessa digitala multiplexrar vid vilken inte endast de befintliga operatörerna av analoga tv-kanaler beaktades, utan även de som redan tidigare har investerat i inrättandet av digitala nät, samt dessutom de som vill etablera sig på denna nya marknad, delades de 21 enheterna in i tre grupper som tilldelades enligt olika fördelningskriterier. Dessutom fastställdes en övre gräns, enligt vilken ingen nätoperatör själv fick förfoga över fler än fem multiplexrar. Kommissionen hade även krävt en sådan övre gräns på fem multiplexrar i fördragsbrottsförfarandet.

22. Konkret skulle de aktuella 21 multiplexrarna fördelas på följande sätt:

– I en *första grupp* förbehölls åtta multiplexrar för omvandlingen av de befintliga analoga tv-näten till digitala tv-nät. Dessa skulle fördelas rättvist, med beaktande av säkerställandet av ett kontinuerligt tv-utbud. Varje befintlig tillhandahållare av analog tv skulle således tilldelas minst en multiplexer, men operatörer med flera analoga kanaler skulle erhålla en multiplexer mindre än vad som motsvarande deras analoga kanaler. På detta sätt erhöll bland annat Rai och Mediaset, vilka dittills hade bedrivit tre analoga tv-kanaler var, två multiplexrar, medan TIMB som dittills hade bedrivit två analoga tv-kanaler, i sin tur erhöll en multiplexer. Rete A och två andra nätoperatörer erhöll en multiplexer var.

– I en *andra grupp* skulle åtta multiplexrar tilldelas de nätoperatörer som hade investerat i inrättandet av digitala nät. Därigenom erhöll Rai, Mediaset och TIMB ytterligare två multiplexrar var, medan Rete A och en annan nätoperatör erhöll en multiplexer var.

– I en *tredje grupp* skulle slutligen de återstående fem multiplexrarna, vilka även betecknades som ”digital utdelning”,[15] tilldelas som nya ytterligare frekvenser enligt objektiva, transparenta, proportionella och icke-diskriminerande kriterier.

23. I förevarande mål rör tvisten vid den nationella domstolen endast en del av dessa multiplexrar, nämligen dem i den tredje gruppen. Tilldelningen av dessa skulle ursprungligen äga rum utan vederlag och genom ett urvalsförfarande, en så kallad beauty contest,[16] där de mest lämpade ekonomiska aktörerna skulle väljas ut. AGCOM antog, efter det att ett offentligt samråd genomförts, slutgiltigt reglerna för detta urvalsförfarande genom beslut 497/10/CONS av den 22 september 2010.

24. Det egentliga urvalsförfarandet inleddes slutligen genom ett offentliggörande den 8 juli 2011 i vilket föreskrev en frist till och med den 7 september 2011 för att inkomma med ansökan. Europa Way ingav en ansökan för en multiplexer, för vilken inget annat företag inkom med någon ansökan. Persidera (tidigare TIMB) ansökte i sin tur, antingen själv eller i konkurrens med andra ekonomiska aktörer,[17] om sammanlagt tre multiplexrar.

14 Vissa parter i målet talar om sammanlagt 22 multiplexrar, medan den hänskjutande domstolen i sin fjärde fråga (se nedan punkt 29 i detta förslag till avgörande) till och med hänvisar till 25, respektive 22 ”nät”. Dessa avvikelser saknar emellertid betydelse i förevarande mål om förhandsavgörande. Inte minst på grund av sambandet med de faktiska omständigheter som domstolen har meddelats i mål C-112/16 kommer jag i mitt förslag till avgörande i förevarande mål att utgå från 21 stycken.

15 Angående begreppet digital utdelning, se ovan fotnot 5.

16 ”Skönhetstävling”.

17 Såsom framgår av handlingarna ingav Persidera en gemensam ansökan med RAI och Elettronica Industriale (Mediaset) för två delar inom ramen för anbudsförfarandet.

25. Innan tilldelningen ägde rum ställde emellertid det italienska ministeriet för ekonomisk utveckling in detta urvalsförfarande utan vederlag genom dekret av den 20 januari 2012. Därpå antogs ett lagdekret (decreto-legge) nr 16/2012,[18] där det redan inställda urvalsförfarandet utan vederlag ogiltigförklarades enligt artikel 3-quinquies[19] och det dessutom föreskrevs en ny frekvenstilldelning genom ett offentligt urvalsförfarande mot vederlag på grundval av ett av AGCOM fastställt förfarande inom 120 dagar. Dessutom skulle deltagarna i det urvalsförfarande utan vederlag som inte slutförts erhålla ersättning.

26. Därefter antog AGCOM den 11 april 2013 – återigen efter offentligt samråd och dialog med Europiska kommissionen – beslut 277/13/CONS med regler för det nya urvalsförfarandet. I beslutet fastställdes det antal digitala multiplexrar som skulle tilldelas till tre, och det föreskrevs att nätoperatörer som redan innehade tre eller flera multiplexrar inte fick delta i förfarandet.

27. Det nya förfarandet inleddes slutligen genom offentliggörande av den 12 februari 2014. Där deltog endast en ekonomisk aktör, Cairo Network,[20] och denna tilldelades en multiplexer den 31 juli 2014. Varken Europa Way eller Persidera deltog vid det nya urvalsförfarandet. Såsom framgår av handlingarna berodde detta i Persideras fall på att företaget redan förfogade över fler än tre multiplexrar.

28. Europa Way och Persidera väckte talan mot ogiltigförklaringen av det första urvalsförfarandet vid Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio[21] (TAR), dock utan framgång.[22] Tvisten är nu anhängig vid Consiglio di Stato[23] (hänskjutande domstol i detta mål) till vilken Europa Way och Persidera har överklagat domen från den lägre instansen.

IV. Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid EU-domstolen

29. Genom beslut av den 11 juni 2015, som inkom till EU-domstolen den 30 oktober 2015, har Consiglio di Stato vilandeförklarat målet och hänskjutit följande frågor till EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF:

1) Utgör den angripna lagstiftningsåtgärden och därpå följande genomförandeakter ett åsidosättande av de regler enligt vilka reglering av tv-marknaden åvilar en oberoende administrativ myndighet (artiklarna 3 och 8 i direktiv 2002/21/EG, i dess lydelse enligt direktiv 2009/140/EG)?

2) Utgör den angripna lagstiftningsåtgärden och därpå följande genomförandeakter ett åsidosättande av de bestämmelser (artikel 7 i direktiv 2002/20/EG och artikel 6 i direktiv 2002/21) enligt vilka den oberoende nationella regleringsmyndigheten för branschen i förväg ska genomföra ett offentligt samråd?

3) Utgör unionsrätten, och i synnerhet artikel 56 FEUF, artikel 9 i direktiv 2002/21, artiklarna 3, 5 och 7 i direktiv 2002/20, artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77/EG, samt principerna om icke-diskriminering, öppenhet, fri konkurrens, proportionalitet, effektivitet och mångfald bland informationskällor, hinder för att avbryta det så kallade beauty contest-förfarandet – som hade inletts för att inom ramarna för systemet för tilldelning av digitala tv-frekvenser råda bot på rättsstridigt uteslutande av marknadsoperatörer och möjliggöra tillträde för mindre operatörer –

18 Detta lagdekret gavs varaktigt lagstatus enligt lag nr 44/2012.

19 Det italienska parlamentet själv särskilt infört bestämmelsen i artikel 3-quinquies, nämligen inom ramen för förfarandet för att omvandla detta lagdekret till en lag.

20 Cairo Network bedriver i dag i Italien tv-kanalen ”La 7”.

21 Förvaltningsdomstol för regionen Lazio.

22 Se dom nr 9981/2014 och nr 9982/2014 från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio av den 25 september 2014.

23 Högsta förvaltningsdomstolen.

och ersätta det med ett nytt urvalsförfarande mot vederlag, där deltagarna var tvungna att uppfylla krav och förpliktelser som redan befintliga operatörer på marknaden inte tidigare hade ålagts och som gjorde anbudsförfarandet betungande och ekonomiskt ofördelaktigt?

4) Utgör unionsrätten, och i synnerhet artikel 56 FEUF, artikel 9 i direktiv 2002/21, artiklarna 3, 5 och 7 i direktiv 2002/20, artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77, artikel 258 FEUF, samt principerna om icke-diskriminering, öppenhet, fri konkurrens, proportionalitet, effektivitet och mångfald bland informationskällor, hinder för att ändra den nationella planen för frekvensallokering, närmare bestämt genom att minska antalet nationella nät från 25 till 22 (varefter befintliga operatörer kunde behålla samma tillgänglighet till multiplexrar), minska de delar som urvalsförfarandet avser till tre multiplexrar och tilldela frekvenser i VHF-III-bandet, där det föreligger stor risk för skadliga störningar?

5) Är det beslut att avbryta beauty contest-förfarandet, varefter klagandena – som tidigare hade fått delta i urvalsförfarandet utan vederlag – inte längre kunde räkna med att bli tilldelade några av de delar som urvalsförfarandet avser, förenligt med principen om skydd för berättigade förväntningar, såsom den har utvecklats i EU-domstolens praxis?

6) Är antagandet av en bestämmelse såsom artikel 3-quinquies i lagdekret nr 16/2012, som inte överensstämmer med radio- och tv-marknadens särskilda egenskaper, förenligt med unionsbestämmelserna om tilldelning av nyttjanderätter till frekvenser (artiklarna 8 och 9 i direktiv 2002/21, artiklarna 5 och 7 i direktiv 2002/20 samt artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77)?

30. Vid förfarandet vid EU-domstolen har Europa Way, Persidera, RAI, Elettronica Industriale,[24] Cairo Network, den italienska regeringen och Europeiska kommissionen inkommit med skriftliga yttranden. Dessa parter deltog även vid förhandlingen den 2 februari 2017, vilken ägde rum direkt före förhandlingen i mål C-112/16.

V. Bedömning

A. Huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning

31. Vad gäller frågan huruvida denna begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning, krävs det inte någon grundlig behandling av kritiken från Elettronica Industriale, nämligen att den hänskjutande domstolen har ställt direkta frågor om den nationella lagstiftningens förenlighet med unionsrätten till EU-domstolen, särskilt med avseende på artikel 3-quinquies i lagdekret nr 16/2012. I detta avseende är det tillräckligt med ett påpekande att EU-domstolen visserligen inte är behörig att inom ramen för en begäran om förhandsavgörande bedöma huruvida nationell lagstiftning är förenlig med unionsrätten eller tolka nationell lagstiftning. Emellertid föreligger det inte några hinder för den att vid tolkningsfrågor som är formulerade på detta sätt tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla sådana uppgifter om unionsrättens tolkning som gör det möjligt för den att döma i det nationella målet.[25]

32. Nedan ska jag behandla några andra invändningar mot att förhandsavgörandet kan tas upp till sakprövning, vilka har gjorts gällande av parterna i förfarandet. Samtliga rör de uppgifter som kan förväntas av en hänskjutande domstol i dess begäran om förhandsavgörande.

24 Elettronica Industriale tillhör Mediasetkoncernen. Företaget har vid domstolen endast tagit ställning till den andra, den tredje och den fjärde tolkningsfrågan.

25 Fast rättspraxis, se, exempelvis, dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punkterna 49–51).

33. Enligt artikel 94 i EU-domstolens rättegångsregler [26] ska begäran om förhandsavgörande utöver tolkningsfrågan även innehålla de uppgifter som krävs om den faktiska och rättsliga bakgrunden i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen ska även fastställa vilket samband som föreligger mellan de unionsrättsliga bestämmelser som ska tolkas och det nationella målet, samt redogöra för de skäl som fått den att undra över tolkningen eller giltigheten av dessa bestämmelser. Enligt rättspraxis ska uppgifterna om den faktiska och rättsliga bakgrunden tillmätas särskild betydelse i konkurrensrättsliga mål. [27]

1. De primärrättsliga bestämmelserna saknar relevans för utgången i målet

34. Inledningsvis innehåller begäran om förhandsavgörande i förevarande mål inte några som helst förklaringar vad gäller i vilken utsträckning de primärrättsliga bestämmelserna i artiklarna 56 och 258 FEUF skulle vara relevanta för utgången i målet vid den nationella domstolen.

35. I synnerhet med avseende på artikel 56 FEUF ska det påpekas att samtliga omständigheter i målet vid den nationella domstolen hänför sig till en och samma medlemsstat och att den hänskjutande domstolen i detta fall – till skillnad från i målet Centro Europa 7 – inte söker hänvisa till det förbud mot diskriminering av inhemska medborgare som föreskrivs i den italienska författningen. [28] Således framgår inte hur EU-domstolen genom den begärda tolkningen av artikel 56 FEUF kan bidra till att lösa tvisten vid den nationella domstolen.

36. Vad gäller artikel 258 FEUF är det tillräckligt att påpeka att det är frågan om en ren handläggningsbestämmelse för de fördragsbrottsförfaranden som genomförs vid kommissionen samt vid EU-domstolen, av vilken varken några processuella eller materiella krav för tilldelning av tv-frekvenser från nationella myndigheter kan utläsas. Rent teoretiskt skulle medlemsstaternas skyldighet att följa domar från EU-domstolen vid fördragsbrottsförfaranden enligt artikel 260.1 FEUF kunna ha betydelse. Emellertid har det ännu inte meddelats någon sådan dom om fördragsbrott i samband med tilldelning av tv-frekvenser i Italien.

37. Såvida den hänskjutande domstolen genom sin hänvisning till artikel 258 FEUF mot bakgrund av domen Centro Europa 7 [29] hänför sig till eventuella skyldigheter för Republiken Italien att tillse att förhållandena på tv-marknaden överensstämmer med unionsrätten, [30] är det tillräckligt att EU-domstolen behandlar denna fråga inom ramen för sitt resonemang avseende de tre direktiven 2002/20, 2002/21 och 2002/77. Det krävs inte någon särskild tolkning av artikel 258 eller artikel 260 FEUF i detta hänseende.

38. Följaktligen ska den tredje och den fjärde tolkningsfrågan inte tas upp till sakprövning såvitt gäller tolkningen av artiklarna 56 och 258 FEUF.

26 EU-domstolen har till exempel framhållit kravet på att beakta artikel 94 i rättegångsreglerna i beslut av den 12 maj 2016, Security Service m.fl. (C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, punkt 18). Redan tidigare har det i fast rättspraxis uppställts krav för upptagande till sakprövning vid begäran om förhandsavgörande med samma innehåll, se, exempelvis, dom av den 24 april 2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, punkt 42), och dom av den 21 december 2016, Vervloet m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, punkterna 56 och 57).

27 Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 8 oktober 2002, Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, punkterna 21 och 22), samt dom av den 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo m.fl. (C-320/90–C-322/90, EU:C:1993:26, punkt 7), dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punkt 58), dom av den 21 november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, punkt 20), och dom av den 13 februari 2014, Airport Shuttle Express m.fl. (C-162/12 och C-163/12, EU:C:2014:74, punkt 38).

28 Dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punkterna 64–71, särskilt punkt 69).

29 Dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

30 Ett pågående fördragsbrottsförfarande som kommissionen har inlett (se ovan fotnot 2) motiverar inte i sig någon rättslig skyldighet för medlemsstaterna att vidta nationella åtgärder, så länge EU-domstolen inte genom dom har fastställt att det föreligger ett fördragsbrott eller har antagit beslut om interimistiska åtgärder.

2. Otillräckliga uppgifter med avseende på enskilda tolkningsfrågor

39. Det ska dessutom klargöras huruvida begäran om förhandsavgörande eventuellt inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den inte innehåller tillräckliga uppgifter avseende den faktiska och rättsliga bakgrunden samt vad gäller huruvida vissa av de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt är relevanta för utgången i målet. Italien anser att det saknas sådana uppgifter i sammanhang med den tredje, den fjärde och den sjätte frågan. Elettronica Industriale anser å sin sida att den andra, den tredje och den fjärde frågan inte är tillräckligt motiverad.

40. Jag anser att det krävs ett mer nyanserat tillvägagångssätt vad gäller dessa invändningar om rättegångshinder.

41. Det står å enda sidan klart att Consiglio di Stato i det nationella målet ska bedöma huruvida den italienska lagstiftarens ingrepp i AGCOM:s pågående förfarande för allokering av digital utdelning på tv-marknaden var lagenligt. Detta problem skildras på ett begripligt sätt i begäran om förhandsavgörande, särskilt beskrivs den faktiska och rättsliga bakgrunden tillräckligt tydligt, och det råder inte heller något tvivel om att de tolkningsfrågor som har anknytning därtill (första till femte frågan) är relevant för utgången i målet. Således kan EU-domstolen tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla sådana uppgifter som ur ett unionsrättsligt perspektiv gör det möjligt att döma i det nationella målet.

42. Å andra sidan behandlas omständigheter i tolkningsfrågorna som EU-domstolen inte ens genom en mycket välvillig tolkning kan yttra sig om, eftersom begäran om förhandsavgörande inte innehåller några som helst förklaringar på dessa punkter. Detta avser dels Consiglio di Statos hänvisning till ”tilldela frekvenser i VHF-III-bandet, där det föreligger stor risk för skadliga störningar” (fjärde frågan), dels dess bedömning att innehållet i artikel 3-quinquies i lagdekret nr 16/2012 ”inte överensstämmer med radio- och tv-marknadens särskilda egenskaper” (sjätte frågan).

43. Mot denna bakgrund anser jag att den fjärde frågan till viss del och den sjätte frågan i dess helhet inte kan tas upp till sakprövning.

3. Slutsats i denna del

44. Sammantaget kan således den tredje och den fjärde frågan endast till viss del tas upp till sakprövning. Dessutom kan den sjätte frågan inte tas upp till sakprövning i sin helhet. I övrigt kan begäran om förhandsavgörande emellertid tas upp till sakprövning.

B. Bedömning i sak av tolkningsfrågorna

45. Den omfattande sammanställningen av frågor från Consiglio di Stato rör i huvudsak ett och samma tema, nämligen att klargöra huruvida ingripandet från det italienska ministeriet för ekonomisk utveckling och från den italienska lagstiftaren i ett pågående förfarande vid den nationella regleringsmyndigheten för gratis tilldelning av tv-frekvenser, i kombination med förordnandet om genomförandet av ett nytt tilldelningsförfarande mot vederlag, kan anses vara förenligt med unionsrätten. Den hänskjutande domstolen önskar främst klarhet i huruvida den italienska lagstiftaren har åsidosatt diverse processuella och materiella krav i det nya gemensamma regelverket, särskilt den unionsrättsliga principen om de nationella regleringsmyndigheternas oberoende och principen om skydd för berättigade förväntningar.

46. Inledningsvis ska jag behandla de problem som uppkommer genom att de statliga myndigheterna har ingripit i ett pågående förfarande, vilket har stått i fokus såväl i det skriftliga som i det muntliga förfarandet vid EU-domstolen (se nedan avsnitt 1). Sedan ska jag behandla några ytterligare processuella frågor som den hänskjutande domstolen och parterna har tagit upp (se nedan avsnitt 2). Slutligen ska jag behandla de materiella kraven med avseende på det andra anbudsförfarandet (se nedan avsnitt 3).

1. Angående de statliga myndigheternas ingrepp i ett pågående förfarande vid den nationella regleringsmyndigheten (den första och den femte tolkningsfrågan)

47. Två av den hänskjutande domstolens frågor avser de problem som är kopplade till statliga myndigheters ingripande i ett pågående förfarande vid den nationella regleringsmyndigheten AGCOM, nämligen den femte frågan avseende principen om skydd för berättigade förväntningar (se vidare nedan avsnitt b) och den första frågan avseende den nationella regleringsmyndighetens behörighet (se nedan avsnitt a). Jag ska redan i förväg påpeka att det sätt på vilket det italienska ministeriet för ekonomisk utveckling samt den italienska lagstiftaren har gått till väga i förvarande mål kan anses mer betänkligt med avseende på det unionsrättsligt garanterade oberoendet för regleringsmyndigheten än vad gäller skyddet för berättigade förväntningar.

a) Åsidosättandet av den nationella regleringsmyndighetens oberoende (den första frågan)

48. Principen om de nationella regleringsmyndigheternas oberoende, till vilken den hänskjutande domstolen hänvisar i sin första fråga, tillmäts väsentlig betydelse i det nya gemensamma regelverket, särskilt mot bakgrund av de ändringar som gjorts i lagtexten i de olika unionsbestämmelserna genom direktiv 2009/140. Genom inrättandet av oberoende regleringsmyndigheter ska nämligen ett varaktigt förverkligande av en verklig inre marknad inom området för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster säkerställas, inom vilken ett öppnande av marknaden och en rättvis konkurrens säkerställs samt mediemångfalden stärks i egenskap av ett av de grundläggande värdena med avseende på samlevnaden i ett demokratiskt samhälle (se även artikel 11.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna).

49. Således har medlemsstaterna en uttrycklig skyldighet att garantera att deras nationella regleringsmyndigheter är oberoende[31] (artiklarna 3.2 och 3a i direktiv 2002/21 samt skäl 13 i direktiv 2009/140). Slutligen kommer detta oberoende inte minst till uttryck genom att de nationella regleringsmyndigheterna visserligen ska vara föremål för tillsyn (artikel 3.3a andra meningen), men att de i samband med utövandet av dessa uppgifter inte får ta emot några som helst instruktioner (artikel 3.3a första meningen) och att deras beslut kan upphävas eller undanröjas endast av behöriga överklagandeinstanser vid konkreta överklaganden (artikel 3.3a tredje meningen i direktiv 2002/21).

50. Genom att ministeriet för ekonomisk utveckling förordnade att det första tilldelningsförfarandet utan vederlag av frekvenser från AGCOM skulle ställas in, och genom att den italienska lagstiftaren senare genom artikel 3-quinquies i lagdekret nr 16/2012 föreskrev att detta förfarande skulle avbrytas, har två statliga myndigheter ingripit i ett pågående förfarande vid den nationella regleringsmyndigheten utan att ha befogenhet att agera på det sättet enligt det nya gemensamma regelverket. I synnerhet har varken ministeriet eller lagstiftaren i förevarande mål handlat i egenskap av behörig tillsynsmyndighet (artikel 3.3a andra meningen i direktiv 2002/21) eller i egenskap av behörig överklagandeinstans vid ett konkret överklagande (artikel 3.3a tredje meningen i direktiv 2002/21). Båda myndigheterna har

31 Hur långtgående de nationella regleringsmyndigheternas oberoende är illustreras tydligt av dom av den 3 december 2009, kommissionen/Tyskland (C-424/07, EU:C:2009:749, särskilt punkterna 83, 91, 94, 99 och 106), i vilken EU-domstolen ett flertal gånger framhåller myndigheternas befogenhet att företa skönsmässig bedömning och deras befogenhet att företa en avvägning mellan olika mål med lagstiftningen.

tvärtom utövat inflytande på förfarandets gång utifrån och, såvitt framgår, av rent politiska överväganden. Enligt det nya gemensamma regelverket ska den nationella regleringsmyndighetens verksamhet just vara skyddad mot ett sådant politiskt motiverat inflytande från utomstående (se återigen andra meningen i skäl 13 i direktiv 2009/140).

51. Det ska endast nämnas i förbigående att förevarande mål inte på något sätt är jämförbart med de mål i vilka EU-domstolen har erkänt möjligheten att återkalla ett anbudsförfarande, utan att denna möjlighet begränsas till undantagsfall eller ska grundas på allvarliga skäl.[32] I dessa domar, vilka samtliga gäller området för offentlig upphandling, hade den upphandlande myndigheten själv återkallat det aktuella anbudsförfarandet, det vill säga just den myndighet som på eget ansvar genomförde det aktuella förfarandet och inte – såsom i förvarande mål – en annan utomstående myndighet.

52. Sammantaget leder ett tillvägagångssätt som det från det italienska ministeriet för ekonomisk utveckling och den italienska lagstiftaren, genom vilket ett pågående förfarande vid den nationella regleringsmyndigheten först ställs in och senare avbryts, till ett åsidosättande av denna regleringsmyndighets oberoende.

b) Den unionsrättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar (den femte frågan)

53. Som en komplettering till den första frågan som behandlats ovan har den femte frågan i syfte att klargöra huruvida italienska staten – genom att avbryta det första förfarandet för att tilldela tv-frekvenser från den digitala utdelningen innan det hade avslutats – har åsidosatt den unionsrättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar.

54. Såsom EU-domstolen upprepade gånger har framhållit hör principen om skydd för berättigade förväntningar till unionens grundläggande principer.[33] Denna princip kan emellertid endast med framgång åberopas om det föreligger tydliga försäkringar som är ovillkorliga och samstämmiga från behöriga och tillförlitliga källor.[34]

55. Detta saknas uppenbarligen här. Deltagarna i det första anbudsförfarande som senare ogiltigförklarades erhöll inte några som helst utfästelser från de behöriga italienska myndigheterna från vilka kunde härledas att dessa företag skulle tilldelas vissa bestämda tv-frekvenser från den digitala utdelningen. I synnerhet innebär den omständigheten i sig att ett anbud från en deltagare godkänts, tvärtemot en uppfattning som yttrats vid förhandlingen, inte något tillförlitligt uttalande om huruvida denna deltagare i slutet av förfarandet kommer att tilldelas frekvensen.

56. Det kan hända att vissa av intressenterna – särskilt Europa Way, vilket som enda företag hade ingett en ansökan för en av de aktuella multiplexrarna – kunde göra sig långtgående förhoppningar om en tilldelning. Men så länge urvalsförfarandet inte var avslutat och frekvenserna inte tilldelats, kunde dessa förhoppningar inte fördjupas till en berättigad förväntning på en viss utgång i förfarandet. Deltagandet i ett förfarande medför nämligen i sig inte någon garanti och motiverar inte några berättigade förväntningar på att vinna framgång i förfarandet.

57. Följaktligen kan eventuella anmärkningar som grundas på den unionsrättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar inte med framgång göras gällande i en situation som den förevarande.

32 Dom av den 16 september 1999, Fracasso och Leitschutz (C-27/98, EU:C:1999:420, punkt 25), dom av den 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punkt 40), och dom av den 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, punkt 31).

33 Dom av den 5 maj 1981, Dürbeck (112/80, EU:C:1981:94, punkt 48), och dom av den 24 mars 2011, ISD Polska m.fl. (C-369/09 P, EU:C:2011:175, punkt 122).

34 Dom av den 14 juni 2016, Marchiani/parlamentet (C-566/14 P, EU:C:2016:437, punkt 77), och dom av den 19 juli 2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, punkt 62). Se, dessutom, dom av den 22 juni 2006, Belgien och Forum 187/kommissionen (C-182/03 och C-217/03, EU:C:2006:416, punkt 147), och dom av den 16 december 2008, Masdar (UK)/kommissionen (C-47/07 P, EU:C:2008:726, punkterna 81 och 86).

2. Vissa ytterligare processuella frågeställningar (den andra tolkningsfrågan)

58. Vissa processuella krav i det nya gemensamma regelverket berörs i den andra frågan, men även genom vissa aspekter i den första frågan, från Consiglio di Stato. Genom dessa ska klargöras huruvida en legislativ åtgärd som artikel 3-quinquies i lagdekret nr 16/2012 strider mot det unionsrättsliga kravet på ett föregående offentligt samråd (se nedan avsnitt a) samt huruvida den italienska lagstiftaren i detta avseende har utfört regleringsuppgifter som enligt det nya gemensamma regelverket är förbehållna den nationella regleringsmyndigheten (se nedan avsnitt b).

a) Kravet på ett föregående offentligt samråd

59. Det offentliga samråd vilket Consiglio di Stato åsyftar i sin andra tolkningsfråga föreskrivs i artikel 7.1 b i direktiv 2002/20 jämförd med artikel 6 i direktiv 2002/21 för situationer i vilka en medlemsstat överväger att begränsa antalet rättigheter som ska tilldelas för användningen av radiofrekvenser. Samtliga berörda parter ska höras, inbegripet användare och konsumenter.

60. Det står klart att det andra, nya anbudsförfarandet i slutänden omfattade färre tv-frekvenser jämfört med det första, ogiltigförklarade anbudsförfarandet; det nya förfarandet avsåg nämligen endast tre digitala multiplexrar i stället för de ursprungliga fem. Det var således frågan om en begränsning av antalet nyttjanderätter för radiofrekvenser i den mening som avses i artikel 7.1 b i direktiv 2002/20, vilket innebar att det krävdes ett offentligt samråd i enlighet med artikel 6 i direktiv 2002/21.

61. Såsom emellertid framgår av handlingarna, vilket även har bekräftats vid förhandlingen, var det inte den italienska lagstiftaren som själv redan genom artikel 3-quinquies i lagdekret nr 16/2012 företog begränsningen av antalet multiplexrar som skulle tilldelas, utan detta gjordes av AGCOM först vid det konkreta genomförandet av det andra anbudsförfarandet.

62. Till skillnad från vad kommissionen förefaller anse innebär inte heller det förhållandet att lagstiftaren föreskrivit att vederlag ska utges vid genomförandet av den nya tilldelningen av frekvenser någon begränsning av *antalet* tillgängliga frekvenser, vilket är det enda kriteriet för vilket det i artikel 7.1 b i direktiv 2002/20 föreskrivs en skyldighet till samråd i enlighet med artikel 6 i direktiv 2002/21.

63. Således var det endast AGCOM, och inte lagstiftaren, som var skyldig att genomföra samråd enligt artikel 7.1 b i direktiv 2002/20 jämförd med artikel 6 i direktiv 2002/21; AGCOM hade – såvitt framgår av redogörelsen för de faktiska omständigheterna i begäran om förhandsavgörande – även uppfyllt denna skyldighet innan beslut 277/13/CONS antogs.[35]

64. Således föreligger det inte några omständigheter som ger vid handen att nämnda unionsrättsliga samrådsskyldighet skulle ha åsidosatts.

b) Påståendet att den nationella lagstiftaren utövat regleringsuppgifter

65. I samband med den första tolkningsfrågan ska även prövas huruvida den italienska lagstiftaren, genom att besluta om ett nytt tilldelningsförfarande mot vederlag, själv har utfört uppgifter som tillkommer en nationell regleringsmyndighet.

35 Se i detta avseende punkt 26 ovan i detta förslag till avgörande.

66. Ett sådant tillvägagångssätt skulle över huvud taget endast vara tillåtet inom mycket snäva gränser, såsom EU-domstolen bland annat har fastställt i domen Base m.fl.[36] Ännu mindre, eller snarare obefintligt, borde det unionsrättsliga handlingsutrymmet vara när den nationella lagstiftaren fullgör regleringsuppgifter sedan ikraftträdandet av ändringsdirektivet 2009/140, i vars ingress klargörs att ”det [är] olämpligt att ett nationellt lagstiftande organ agerar som regleringsmyndighet enligt regelverket”, eftersom politiska påtryckningar och extern inblandning kan befaras på regleringsuppgifterna.[37]

67. *Regleringsuppgifter*, som ett eller flera nationella regleringsorgan har fått i uppdrag (se artikel 2 g i direktiv 2002/21),[38] är inte allmänt definierat på något ställe i det nya gemensamma regelverket. Det står emellertid klart att det ingalunda krävs att *alla* uppgifter och skyldigheter som ska utföras på nationell nivå ska överlåtas på regleringsmyndigheterna.

68. Visserligen återfinns många bestämmelser i direktiven som speciellt rör de nationella regleringsmyndigheternas verksamhet och de uppgifter de har tilldelats (se, exempelvis, artikel 3.1, 3.3 och 3.3a, artikel 6.1 samt artiklarna 8.1 sista stycket och 8.2 i direktiv 2002/21). Minst lika många bestämmelser riktar sig emellertid allmänt till ”medlemsstaterna”, vilka inom ramen för sin institutionella autonomi[39] själva kan avgöra på vilken nationell myndighet de ska överlåta utförandet av de aktuella uppgifterna.

69. Jag vill i detta sammanhang särskilt nämna artikel 9.1 första meningen i direktiv 2002/21, enligt vilken *medlemsstaterna* i allmänhet – och inte särskilt de *nationella regleringsmyndigheterna* eller de *behöriga nationella myndigheterna* – åläggs att säkerställa en effektiv förvaltning av radiofrekvenserna med hänsyn till att de är en kollektiv nyttighet av stort socialt, kulturellt och ekonomiskt värde (se även skäl 21 i direktiv 2002/21).

70. Medan den nationella lagstiftaren med beaktande av samtliga unionsrättsliga krav ska definiera den allmänna ramen för inrättandet och driften av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, ankommer det på de nationella regleringsmyndigheterna att fatta beslut i enskilda fall, lösa tvister och genom förhandsreglering fastställa detaljerna för hur sådana nät och tjänster ska fungera (se, för ett liknande resonemang även artikel 3.3a i direktiv 2002/21 samt andra meningen i skäl 13 i direktiv 2009/140).

71. Fastställandet av huruvida digitala tv-frekvenser ska tilldelas utan eller mot vederlag i en medlemsstat utgör emellertid inte något sådant beslut i ett enskilt fall, och inte heller någon detalj för hur sådana kommunikationsnät och kommunikationstjänster ska fungera, utan är tvärtom ett politiskt principbeslut där de nationella myndigheterna inte minst ska ta hänsyn till det stora ekonomiska värde som dessa frekvenser har (se artikel 9.1 första meningen och skäl 21 i direktiv 2002/21).

72. Såsom den italienska regeringen och Cairo Network har framhållit hör ett sådant principbeslut inte till regleringsuppgifterna i den mening som avses i artikel 2 g i direktiv 2002/21. Således kunde detta fattas av den nationella lagstiftaren och var inte nödvändigtvis förbehållet den nationella regleringsmyndigheten AGCOM.

36 Se i detta avseende dom av den 6 oktober 2010, Base m.fl. (C-389/08, EU:C:2010:584, punkterna 26–30).

37 Skäl 13 tredje meningen i direktiv 2009/140.

38 Vad gäller möjligheten att överföra regleringsuppgifter på flera statliga myndigheter inom ramen för medlemsstaternas institutionella autonomi, se dom av den 6 mars 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, EU:C:2008:143, punkterna 18, 19 och 24), dom av den 6 oktober 2010, Base m.fl. (C-389/08, EU:C:2010:584, punkt 26), dom av den 17 september 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, punkt 53), och dom av den 19 oktober 2016, Ormaetxea Garai och Lorenzo Almendros (C-424/15, EU:C:2016:780, punkt 30).

39 Avseende medlemsstaternas institutionella autonomi, se skäl 11 i direktiv 2002/21.

3. Materiella rättsliga krav på det andra anbudsförfarandet (den tredje, den fjärde och den sjätte tolkningsfrågan)

73. Den hänskjutande domstolen har ställt sin tredje, sin fjärde och sin sjätte fråga för att få klarhet i huruvida den italienska lagstiftarens återkallelse av det första anbudsförfarandet och särskilt det efterföljande genomförandet av ett andra anbudsförfarande under fullständigt förändrade villkor, var förenlig med diverse materiella unionsbestämmelser och unionsprinciper.

74. Några av dessa frågor kan, såsom jag har påpekat ovan,[40] inte tas upp till sakprövning till viss del eller i sin helhet. Således ska jag endast behandla dem nedan i kompletterande syfte. Dessutom anser jag att det mot bakgrund av de många materiella överlappningarna mellan nämnda frågor är lämpligt att pröva dem gemensamt med tyngdpunkt på de mest betydelsefulla delarna i de rättsliga problem som har uppkommit.

75. I huvudsak begär Consiglio di Stato ett klargörande av huruvida italienska staten har åsidosatt de aktuella bestämmelserna genom att genomföra ett nytt urvalsförfarande mot vederlag för att fördela den digitala utdelningen och därvid minska antalet digitala multiplexrar som skulle fördelas från fem till tre jämfört med det återkallade ursprungliga anbudsförfarandet.

76. De materiella villkoren för tilldelningen av tv-frekvenser utgörs i huvudsak av diverse sekundärrättsliga bestämmelser från det nya gemensamma regelverket, nämligen artiklarna 8 och 9 i direktiv 2002/21, artiklarna 3, 5 och 7 i direktiv 2000/20 samt artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77. Av alla dessa bestämmelser framgår gemensamt att medlemsstaterna har ett visst handlingsutrymme vid tilldelningen av frekvenserna. Det krävs emellertid att de beaktar de allmänna unionsrättsliga principerna om icke-diskriminering, insyn och proportionalitet, varvid de även ska säkerställa en effektiv användning och en ändamålsenlig förvaltning samt vederbörligen beakta konkurrenstanken och mediemångfalden.

a) Beträffande tilldelningen mot vederlag inom ramen för det andra urvalsförfarandet

77. Den huvudsakliga tvistefrågan mellan parterna avser det faktum att frekvenserna tilldelades mot vederlag inom ramen för det andra, nya urvalsförfarandet, efter det att den italienska lagstiftaren hade återkallat det föregående första anbudsförfarandet innan det kunde slutföras, vilket behandlas i den tredje och den sjätte tolkningsfrågan. Medan Europa Way och Persidera anser att tilldelningen av tv-frekvenser som numera genomfördes mot vederlag strider mot unionsrätten, är alla andra parter i förfarandet av motsatt uppfattning.

– Något unionsrättsligt krav på gratis tilldelning föreligger i princip inte

78. Såsom särskilt kommissionen har framhållit föreskrivs det inte tvingande i någon av bestämmelserna i det nya gemensamma regelverket att tv-frekvenser ska tilldelas utan vederlag endast på grundval av de sökandes lämplighet (exempelvis genom en ”skönhetstävling”). Tvärtom är hänvisningen till ”konkurrensförfaranden eller jämförande urvalsförfaranden” i artiklarna 5.4 och 7.4 i direktiv 2002/20 formulerad tillräckligt öppet för att kunna omfatta tilldelningsmodeller såväl mot vederlag som utan vederlag.

40 Se punkterna 33–44 ovan i detta förslag till avgörande.

79. En tilldelning av frekvenser *mot vederlag* är inte alls långsökt om man dessutom beaktar det unionsrättsliga kravet i artikel 9.1 första meningen i direktiv 2002/21, enligt vilket medlemsstaterna ska ta hänsyn till att radiofrekvenser är en kollektiv nyttighet av stort socialt, kulturellt *och ekonomiskt värde*.[41]

80. Vid utformningen av ramvillkoren för tilldelning av frekvenser mot vederlag krävs det förvisso ett beaktande av de övriga principiella krav som unionslagstiftaren uppställt, särskilt principen om konkurrens. Till de grundläggande principerna i det nya gemensamma regelverket hör nämligen främjandet av konkurrensen (se särskilt artikel 7.1 a i direktiv 2002/20 och artikel 8.2 i direktiv 2002/21)[42] och undvikandet av en snedvridning av konkurrensen inom området för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (se särskilt artikel 5.6 i direktiv 2002/20 och artikel 8.2 b i direktiv 2002/21) i kombination med ansträngningar för att främja mediemångfald (se i detta avseende artikel 8.1 tredje stycket och artikel 9.4 andra stycket d och skäl 6 i direktiv 2002/21 samt artikel 11.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna). Konkurrensprincipen och mediemångfalden återspeglas konkret i den unionsrättsligt garanterade friheten att tillhandahålla elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (artikel 3.1 i direktiv 2002/20 och artikel 2.2 i direktiv 2002/77).

81. Mot denna bakgrund krävs det att vederlaget för tilldelningen av digitala tv-frekvenser, liksom även ett eventuellt lägsta anbud när sådana frekvenser auktioneras ut, är måttligt, så att de företag som redan är aktiva på tv-marknaden och de som planerar att etablera sig på denna marknad har tillräckliga ekonomiska resurser för att investera i nödvändig teknik och för att tillhandahålla innehåll av hög kvalitet, oberoende av sin storlek.[43] Dessutom ska den nationella regleringsmyndigheten säkerställa att endast företag som – på grundval av objektiva, öppet redovisade, icke-diskriminerande och proportionella kriterier – kan garantera att de utgör lämpliga och pålitliga operatörer av elektroniska kommunikationsnät på en marknad som är präglad av konkurrens och mediemångfald, deltar i ett sådant tilldelningsförfarande.

82. Det kan emellertid inte antas att det endast är möjligt att säkerställa konkurrens och pluralism på tv-marknaden genom en tilldelning av frekvenser utan vederlag.[44]

83. I synnerhet kan det inte av det nya gemensamma regelverket utläsas någon som helst *skyldighet* för Italien att avstå från ett vederlag för tilldelningen av digitala frekvenser. Något annat följer inte heller av den omständigheten som den hänskjutande domstolen och flera av parterna har framhållit att den nu omtvistade fördelningen av den digitala utdelningen hade i syfte att korrigera förhållanden i Italien som var oförenliga med unionsrätten, såsom de har kritiserats av EU-domstolen i domen Centro Europa 7[45] samt av kommissionen i det ännu pågående fördragsbrottsförfarandet[46]. Vid uppfyllandet av sin skyldighet att åtgärda den situation som är i strid med unionsrätten[47] hade den behöriga italienska myndigheten ett handlingsutrymme[48] som omfattade mer än en ett enda alternativ, och således andra alternativ än en tilldelning av frekvenser utan vederlag.

41 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 mars 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punkt 27).

42 Se även dom av den 23 april 2015, kommissionen/Bulgarien (C-376/13, EU:C:2015:266, punkt 69).

43 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 mars 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punkt 28), och dom av den 21 mars 2013, Belgacom m.fl. (C-375/11, EU:C:2013:185, punkterna 50 och 51).

44 Se även dom av den 10 mars 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punkt 29), enligt vilken en för låg avgift riskerar att leda till ett ineffektivt utnyttjande av radiofrekvenser i egenskap av knappa resurser.

45 Dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

46 Avseende detta fördragsbrottsförfarande, se ovan fotnoterna 2 och 30 i detta förslag till avgörande.

47 Dom av den 21 juni 2007, Jonkman m.fl. (C-231/06–C-233/06, EU:C:2007:373, punkterna 37 och 38).

48 Såsom EU-domstolen har fastställt i samband med koncessioner för hasardspel, kan såväl en återkallelse och en omfördelning av de förutvarande koncessionerna som anordnandet av ett anbudsförfarande för beviljande av ett lämpligt antal nya koncessioner vara lämpliga åtgärder som i princip, i vart fall i framtiden, kan gottgöra för den rättsstridiga uteslutningen av vissa aktörer, se dom av den 6 mars 2007, Placanica (C-338/04, C-359/04 och C-360/04, EU:C:2007:133, punkt 63), dom av den 16 februari 2012, Costa (C-72/10 och C-77/10, EU:C:2012:80, punkt 52), och dom av den 22 januari 2015, Stanley International Betting och Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, punkt 35).

– Ingen diskriminering av nya nätoperatörer i förhållande till gamla

84. Den hänskjutande domstolen uttrycker även oro för att ett uttag av vederlag särskilt för de nu omtvistade tv-frekvenserna från den tredje gruppen av digitala multiplexrar [49] skulle kunna diskriminera nya nätoperatörer i förhållande till de företag som redan är aktiva på marknaden (så kallade Incumbents), särskilt jämfört med de båda ledande företagen på marknaden, Rai och Mediaset. De båda sistnämnda företagen har, vilket även framhålls av Europa Way och Persidera, erhållit sina tv-frekvenser från den första och den andra gruppen utan att tillhandahålla någon finansiell motprestation vid tidpunkten för förvärvet av dessa nyttjanderätter.

85. Den unionsrättsliga principen om likabehandling, respektive icke-diskriminering, [50] vilken numera stadgas i artiklarna 20 och 21 i stadgan om de grundläggande rättigheterna och dessutom återspeglas på ett flertal ställen i det nya gemensamma regelverket, [51] innebär enligt fast rättspraxis att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [52]

86. Frågan huruvida situationer är att anse som lika ska bland annat bedömas utifrån föremålet för och syftet med den aktuella åtgärden. Därvid ska man beakta principerna och målsättningarna för det område som den aktuella åtgärden omfattas av. [53]

87. I förevarande mål hade tilldelningen av digitala tv-frekvenser utan vederlag från den första och den andra gruppen till Rai och Mediaset såväl i syfte att säkerställa ett kontinuerligt tv-utbud i Italien som i syfte att belöna redan genomförda investeringar i digital teknik. [54] Vad gäller dessa syften befinner sig de företag som redan är aktiva på tv-marknaden och de nyetablerade företagen på denna marknad inte i en jämförbar situation.

88. Mot denna bakgrund föreligger det – i vart fall inte på grundval av den information som EU-domstolen har tillgång till – inte tillräckliga bevis för en diskriminering mellan dessa båda grupper av företag.

89. Jag vill tillägga att säkerställandet av ett kontinuerligt tv-anbud dessutom utgör ett mål av allmänintresse, vilket i princip förefaller vara ägnat att motivera en eventuell särbehandling, såvida denna särbehandling håller sig inom ramen för vad som är nödvändigt för att uppnå nämnda syfte på ett på ett sammanhängande och systematiskt sätt med beaktande av konkurrensprincipen och mediemångfalden. [55]

49 Beträffande indelningen av de frekvenser som skulle tilldelas i tre grupper av digitala multiplexrar, se ovan punkt 22 i detta förslag till avgörande.

50 Vad gäller detta begrepp, se exempelvis dom av den 12 september 2006, Eman och Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, punkt 57).

51 Se särskilt artikel 9.1 andra meningen och skäl 19 i direktiv 2002/21, artikel 5.2 andra stycket och artikel 7.3 i direktiv 2002/20, samt artikel 2.4 och artikel 4 led 2 i direktiv 2002/77.

52 Dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, punkt 23), dom av den 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals och Akcros Chemicals/kommissionen (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punkterna 54 och 55), och dom av den 21 december 2016, Vervloet m.fl. (C-76/15, EU:C:2016:975, punkt 74).

53 Dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, punkterna 25 och 26), dom av den 1 mars 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100, punkt 29), dom av den 11 juli 2013, Ziegler/kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punkt 167), och dom av den 6 november 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, punkt 51).

54 Se i detta avseende punkt 22 ovan i detta förslag till avgörande. Denna omständighet framhölls även av flera av parterna vid förhandlingen.

55 Denna frågeställning har mer ingående behandlats i mitt förslag till avgörande av i dag i det parallella målet Persidera (C-112/16, punkterna 63–72).

90. Härvidlag är det intressant att notera att det i Italien uttas årliga licensavgifter vid nyttjande av *alla* digitala tv-frekvenser.[56] Således kan även de företag som redan var aktiva på marknaden före övergången till digital television (incumbents) i praktiken inte nyttja sina digitala frekvenser utan kostnad, utan betalar periodiska avgifter till staten. Tvärtom gäller för en nätoperatör som har förvärvat nya digitala frekvenser från den tredje gruppen – den digitala utdelningen – att det vederlag som denna har betalat avräknas från licensavgifterna under de följande åren.[57] Mot denna bakgrund kan det antas att det vederlag som uttas vid tilldelningen av de digitala tv-frekvenserna från den tredje gruppen inte har medfört någon väsentlig påverkan på principen om konkurrens eller mediemångfalden.

b) Angående begränsningen av antalet digitala frekvenser som skulle tilldelas

91. Utöver det faktum att frekvenserna tilldelades mot vederlag behandlades under förfarandet vid EU-domstolen i förbigående även den omständigheten att tilldelningen i det andra urvalsförfarandet omfattade färre digitala multiplexrar jämfört med det första, avbrutna anbudsförfarandet, nämligen enbart tre i stället för de ursprungliga fem. Denna aspekt tangeras genom den hänskjutande domstolens fjärde fråga.

92. Det är tillåtet att begränsa de frekvenser som ställts till förfogande, såvida detta är nödvändigt mot bakgrund av den effektiva användningen av frekvensspektrumet, företas enligt objektiva och transparenta kriterier samt i enlighet med principerna om icke-diskriminering och proportionalitet (se särskilt artikel 9.3 andra stycket och 9.4 i direktiv 2002/21 samt artikel 5.4 andra stycket, 5.5 och 5.6, liksom artikel 7.3 i direktiv 2002/20[58]).

93. Enligt överensstämmande uppgifter från flera parter gjordes minskningen av de frekvenser som skulle tilldelas ur den digitala utdelningen med två stycken, till numera tre digitala multiplexrar, av två anledningar: Å ena sidan skulle vissa frekvenser på grund av förhandlingar inom Internationella teleunionen (ITU) i fortsättningen inte vara tillgängliga för tv, utan för telekommunikation. Å andra sidan förelåg det en stor risk för skadliga störningar på vissa frekvenser.[59]

94. Det ankommer på den hänskjutande domstolen och inte på EU-domstolen att pröva huruvida dessa påståenden stämmer, och huruvida principerna om objektivitet, insyn, icke-diskriminering och proportionalitet har iakttagits vid minskningen av de tillgängliga digitala multiplexrarna just vad gäller de tv-frekvenser som skulle fördelas i den nu omtvistade tredje gruppen – det vill säga särskilt inom ramen för den digitala utdelningen – från fem till tre.

95. I detta förfarande för förhandsavgörande är det tillräckligt att konstatera att nämnda frågor (beaktandet av förhandlingar inom ITU och undvikandet av skadliga störningar) omfattas av allmänintresset och kan motivera en minskning av anbudet av digitala tv-frekvenser (se även artikel 9.1 andra stycket och 9.4 i direktiv 2002/21 samt artikel 5.1 första strecksatsen i direktiv 2002/20), under förutsättning att de frekvenser ur den digitala utdelningen som fortfarande står till förfogande räcker för ett iakttagande av konkurrensprincipen och mediemångfalden samt i väsentlig utsträckning gör det möjligt för nya aktörer att etablera sig på marknaden.

56 Denna omständighet framhölls av flera parter såväl i det skriftliga förfarandet som vid förhandlingen vid EU-domstolen, utan att detta har bestritts av Europa Way och Persidera.

57 Detta har den italienska regeringen hävdat vid förhandlingen vid EU-domstolen. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera om dessa uppgifter stämmer.

58 Se även dom av den 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punkt 100).

59 Slovenien har uttryckligen hänvisat till problemet med sådana störningar i sitt yttrande i mål C-112/16.

96. Vid prövningen av huruvida åtgärderna är proportionerliga vad gäller minskningen av de tillgängliga digitala multiplexrarna från fem till tre, ska den hänskjutande domstolen noggrant pröva om det inte hade varit lika lämpligt – om inte bättre – att i stället för att minska den digitala utdelningen (det vill säga de nu omtvistade digitala frekvenserna i den tredje gruppen [60]), minska antalet multiplexrar som tilldelades på annat sätt (det vill säga de digitala frekvenserna i den första eller andra gruppen) för att ta hänsyn till förhandlingarna inom ITU och undvika skadliga störningar. Såsom jag behandlar mer ingående i mål C-112/16, [61] kan det nämligen inte på något sätt uteslutas att det förelåg ett överutbud av digitala frekvenser till Rai och Mediaset, särskilt inom ramen för den första gruppen, vilket innebär att en minskning av de multiplexrar som skulle tilldelas där eventuellt hade medfört mindre långtgående följder för konkurrensen på tv-marknaden och mediemångfalden än inom ramen för den tredje gruppen i samband med den digitala utdelningen.

VI. Förslag till avgörande

97. Mot bakgrund av ovanstående resonemang föreslår jag att EU-domstolen besvarar begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato på följande sätt:

1) Det är oförenligt med artikel 3.2 och 3.3a i direktiv 2002/21/EG i dess lydelse enligt direktiv 2009/140/EG att ett pågående förfarande vid den nationella regleringsmyndigheten för tilldelning av digitala tv-frekvenser först ställs in och senare avbryts helt genom beslut från andra statliga myndigheter som inte utgör behöriga tillsynsmyndigheter eller överklagandeinstanser.

2) Den unionsrättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar utgör inte hinder mot att ett pågående förfarande vid den nationella regleringsmyndigheten för tilldelning av digitala tv-frekvenser utan vederlag avbryts och att ett nytt förfarande för tilldelning av sådana frekvenser mot vederlag i stället genomförs vid samma myndighet.

3) Den nationella lagstiftaren utför inte regleringsuppgifter och omfattas inte heller av skyldigheten till samråd enligt artikel 7.1 b i direktiv 2002/20/EG jämförd med artikel 6 i direktiv 2002/21, när denne föreskriver en tilldelning av digitala tv-frekvenser mot vederlag.

4) Artikel 9 i direktiv 2002/21, artiklarna 3, 5 och 7 i direktiv 2002/20 samt artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77/EG utgör inte hinder mot följande åtgärder:

   a) en begränsning av digitala tv-frekvenser som särskilt var avsedda för mindre nätoperatörer och för nya marknadsaktörer för att beakta krav eller villkor av allmänintresse på grund av tillämpliga internationella avtal eller för att undvika skadliga störningar, under förutsättning att proportionalitetsprincipen iakttas och tillträdet till marknaden inte blir orimligt svårt för nya marknadsaktörer.

   b) en tilldelning av digitala tv-frekvenser mot vederlag, såvida principerna om insyn, icke-diskriminering och proportionalitet har beaktats vid denna tilldelning, särskilt vid fastställandet av vederlaget, samt konkurrensen på tv-marknaden samt mediemångfalden främjas på ett lämpligt sätt.

60 Angående indelningen av de frekvenser som skulle tilldelas i tre grupper, se ovan punkt 22 i detta förslag till avgörande.

61 Se mitt förslag till avgörande från denna dag i målet Persidera (C-112/16, särskilt punkterna 67–71).