

Zaak C-766/23

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

12 december 2023

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 december 2023

Verzoekende partij:

Persidera SpA

Verwerende partijen:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ministero delle Imprese e del Made in Italy

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep tegen twee vonnissen van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) waarbij het beroep is verworpen dat Persidera SpA had ingesteld tegen de handelingen betreffende het nationale plan voor de toewijzing van frequenties voor digitale terrestrische televisie (hierna: „frequentietoewijzingsplan”), en tegen andere handelingen betreffende de vaststelling van de kenmerken van deze dienst.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Krachtens artikel 267 wordt verzocht om uitlegging van: de artikelen 3, 5, 7 en 14 van richtlijn 2002/20/EG; de artikelen 3, 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG; de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG; de artikelen 5, 6, 8, 9 en 45 van richtlijn (EU) 2018/1972; en tot slot de overwegingen 11 en 20 van besluit (EU) 2017/899.

Prejudiciële vragen

1) Moet het Unierecht, en meer bepaald artikel 3, leden 3 en 3-bis, en de artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG (de zogeheten kaderrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG, en de artikelen 5, 6, 8, 9 en 45 van richtlijn (EU) 2018/1972, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een stelsel als in de Italiaanse Republiek is ingevoerd bij artikel 1, lid 1031-bis, van begrotingswet 2018, zoals ingevoerd bij artikel 1, lid 1105, van begrotingswet 2019, waarbij regelgevende taken van de onafhankelijke overheidsdienst zijn weggenomen, althans aanzienlijk zijn beperkt, door te bepalen dat de aanvullende transmissiecapaciteit wordt toegewezen door middel van een niet-kosteloze procedure en die capaciteit daarbij wordt toegewezen aan de inschrijver met het hoogste economische bod en met de deelneming van de reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers?

2) Moet het Unierecht, en meer bepaald de artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), de artikelen 3, 5, 7 en 14 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn), de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, de overwegingen 11 en 20 van besluit (EU) 2017/899, de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, bescherming van de mededinging en van het gewettigd vertrouwen, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een stelsel als tot stand is gebracht bij de relevante nationale regeling (artikel 1, leden 1030, 1031, 1031-bis, 1031-ter en 1032 van wet nr. 205/2017), de besluiten nr. 39/19/CONS, 128/19/CONS, 564/2020/CONS van de AGCOM en de daaraan verbonden maatregelen voor de toewijzing van gebruiksrechten voor frequenties voor digitale televisie, dat „gebruiksrechten voor frequenties” niet één op een omzet in „gebruiksrechten voor transmissiecapaciteit”, maar een deel van de capaciteit reserveert voor een niet-kosteloze procedure, waarbij de marktdeelnemer extra kosten moet maken om de rechtmatig verworven voorrechten te kunnen behouden?

3) Moet het Unierecht, en meer bepaald de artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), de artikelen 3, 5, 7 en 14 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn), de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, de overwegingen 11 en 20 van besluit (EU) 2017/899, de beginselen van gelijke behandeling, non-

discriminatie, bescherming van de mededinging en van het gewettigd vertrouwen, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een stelsel als in de Italiaanse Republiek is ingevoerd bij artikel 1, leden 1101 tot en met 1108 van de begrotingswet 2019, artikel 1, leden 1030, 1031, 1031-bis, 1031-quater, 1032, 1033, 1034 en 1037 van de begrotingswet 2018, de besluiten nr. 39/19/CONS (nationaal frequentietoewijzingsplan), 128/19/CONS en 129/19/CONS van de AGCOM en de daaraan verbonden maatregelen voor de toewijzing van gebruiksrechten voor frequenties voor digitale televisie, waarin geen structurele maatregelen zijn genomen – hoewel het wel niet-structurele compenserende en/of corrigerende maatregelen omvat – om de eerder vastgestelde ongelijkheid op te heffen [en dat] voorziet in een niet-kosteloze procedure die voor de exploitant extra kosten en lasten met zich brengt? En staat dit [Unie]recht, in het licht van met name de beginselen van evenredigheid en passendheid, alsmede de in het arrest Persidera geformuleerde beginselen, in de weg aan een stelsel als hierboven vermeld, ook gezien de algehele ontwikkeling van dat stelsel en de ‚anomalieën‘, ‚kritieke punten‘ en ‚onregelmatigheden‘ daarvan die zijn vastgesteld in de nationale en supranationale rechtspraak vermeld in de motivering van de onderhavige beschikking, of zijn de niet-structurele maatregelen die de AGCOM heeft getroffen om het stelsel te corrigeren, toereikend?”

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

De artikelen 3, 5, 7 en 14 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn).

Artikel 3, leden 3 en 3-bis, en de artikelen 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG.

De artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten.

De artikelen 5, 6, 8, 9 en 45 van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking).

De overwegingen 11 en 20 van besluit (EU) 2017/899 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 betreffende het gebruik van de 470-790 MHz-frequentieband in de Unie.

Van de vele uitspraken van het Hof die zijn aangehaald, is voor een beter begrip van de gebeurtenissen die aan het onderhavige geding vooraf zijn gegaan met name de volgende rechtspraak van belang: arresten van 31 januari 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59); 26 juli 2017, *Europa Way* en *Persidera*

(C-560/15, EU:C:2017:593), en 26 juli 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

In de onderhavige zaak zijn enkele leden van artikel 1 van wet nr. 205 van 27 december 2017 (begrotingswet 2018), zoals gewijzigd bij wet nr. 145 van 30 december 2018, van centraal belang:

Lid 1030: „De Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (toezichthoudende autoriteit op het gebied van de telecommunicatie; hierna: „AGCOM”) stelt vóór 31 mei 2018 het nationale plan vast voor de toewijzing van frequenties voor digitale terrestrische televisie, het nationale frequentietoewijzingsplan genoemd, waarbij de meest geavanceerde coderingen of standaards in aanmerking worden genomen om een efficiënter gebruik van het spectrum mogelijk te maken, en voor de planning op lokaal niveau het criterium van technische zones wordt gehanteerd. Het in de vorige volzin bedoelde nationale frequentietoewijzingsplan wordt vóór 31 januari 2019 door de AGCOM geactualiseerd. Om interferentie met radio-elektrische frequenties van aangrenzende staten uit te sluiten, heeft de planning in elk coördinatiegebied dat is vastgesteld bij de internationale overeenkomsten die ter uitvoering van besluit (EU) 2017/899 van 17 mei 2017 door het Ministero dello sviluppo economico (ministerie van Economische Ontwikkeling) en de autoriteiten van de aangrenzende staten overeenkomstig lid 1026 zijn ondertekend, uitsluitend betrekking op de frequenties die in die overeenkomsten aan Italië zijn toegewezen. [...]”

Lid 1031: „In overeenstemming met de doelstellingen van het Europese en nationale audiovisuele beleid van sociale samenhang, pluralisme van de media en culturele diversiteit, en met het oog op het meest efficiënte spectrumbeheer dat door het gebruik van de meest geavanceerde technologieën mogelijk wordt gemaakt, worden alle frequenties die op nationaal en lokaal niveau worden toegewezen voor digitale terrestrische televisie en die zijn toegewezen in VHF-band III en 470-694 MHz, vrijgegeven volgens het schema in lid 1032. Voor dezelfde doeleinden bedoeld in de eerste volzin worden de gebruiksrechten voor frequenties waarvan nationale netwerkexploitanten op de datum van inwerkingtreding van deze wet houder zijn omgezet in gebruiksrechten voor transmissiecapaciteit in nieuw te ontwikkelen nationale multiplexen in de DVB-T2-technologie, overeenkomstig de criteria die de AGCOM vóór 31 maart 2019 zal vaststellen met het oog op de toewijzing van gebruiksrechten voor frequenties. De AGCOM stelt vóór 31 maart 2019 de criteria vast voor de toewijzing op nationaal niveau van de gebruiksrechten voor de overeenkomstig lid 1030 geplande frequenties voor digitale terrestrische televisie aan de nationale netwerkexploitanten, waarbij in aanmerking wordt genomen dat de eventuele omzettings- en netwerkimplementatiekosten beperkt moeten blijven, de in lid 1032 bedoelde overgangperiode kort moet zijn, en de kosten en de gevolgen voor de eindgebruikers tot een minimum moeten worden beperkt. Het Ministero

dello sviluppo economico verleent de gebruiksrechten voor de in de derde volzin bedoelde frequenties vóór 30 juni 2019 aan nationale netwerkexploitanten op grond van de in die volzin bedoelde door de AGCOM vastgestelde criteria. De AGCOM stelt vast op welke wijze en onder welke, kostengeoriënteerde, financiële voorwaarden de concessiehouder voor de publieke omroep in de multiplex die de regionale informatie bevat, verplicht is om tijdens de overgangperiode een deel van de toegewezen transmissiecapaciteit, in elk geval niet minder dan één programma, toe te wijzen aan elk van de rechtmatig op lokaal niveau actieve subjecten die op de datum van inwerkingtreding van deze bepaling beschikten over de gebruiksrechten van de kanalen CH 51 en 53 en die de respectieve gebruiksrechten tijdens de overgangperiode vrijgeven overeenkomstig lid 1032.”

Lid 1031-bis: „De verdere op nationaal niveau beschikbare transmissiecapaciteit en de extra terrestrische frequenties ten opzichte van de frequenties die bestemd zijn voor de in lid 1031 bedoelde omzetting van gebruiksrechten en door de AGCOM zijn opgenomen in het nationale frequentietoewijzingsplan, en die bestemd zijn voor digitale terrestrische televisie voor de nationale netwerkexploitanten en de concessiehouder van de publieke omroep- en multimediadienst, worden toegewezen door middel van een niet-kosteloze procedure zonder oproep tot mededinging, die vóór 30 november 2019 wordt ingeleid door het Ministero dello sviluppo economico, ter uitvoering van de procedures die vóór 30 september 2019 door de AGCOM worden vastgesteld overeenkomstig artikel 29 van decreto legislativo 1º agosto 2003, n. 259, codice delle comunicazioni elettroniche (wetsbesluit nr. 259 van 1 augustus 2003, wetboek voor elektronische communicatie), op basis van de volgende beginselen en criteria: a) toewijzing van de transmissiecapaciteit en de frequenties op basis van kavels met een omvang ten belope van de helft van een multiplex; b) vaststelling van een minimumwaarde voor offertes op basis van de door de AGCOM vastgestelde marktwaarden; c) beoordeling van de waarde van de ingediende economische offertes; d) waarborging van de continuïteit van de dienst, van een snelle technologische overgang en van de kwaliteit van de technologische infrastructuur die ter beschikking wordt gesteld door de nationale netwerkexploitanten die in de sector actief zijn, waaronder de concessiehouder voor de publieke omroep- en multimediadiensten; e) benutting van de ervaring die de nationale netwerkexploitanten in de sector hebben opgedaan, in het bijzonder met betrekking tot de verwezenlijking van digitale omroepnetwerken; f) exploitatie van de structurele capaciteit om spectrumefficiëntie te garanderen, van de in de sector ontwikkelde professionaliteit en expertise, van de technologische innovatie, en de optimale, doeltreffende en tijdige benutting van de transmissiecapaciteit en van de bijkomende frequenties; g) waarborging van de beste exploitatie van het spectrum, rekening houdend met de huidige uitzending van inhoud van goede kwaliteit met de technologie voor digitale terrestrische televisie aan de overgrote meerderheid van de Italiaanse bevolking. De Ministro dell'economia e delle finanze (minister van Economie en Financiën) is bevoegd om bij besluit inkomsten die zijn gestort in een specifieke ontvangstenpost van de staatsbegroting, te bestemmen voor specifieke kostenposten van de begroting van

het Ministero dello sviluppo economico voor ingrepen die ertoe strekken de aankoop van apparatuur voor televisieontvangst als bedoeld in lid 1039, onder c), te stimuleren met inachtneming van het beginsel van technologische neutraliteit, en het experimenteren met nieuwe televisietechnologieën te bevorderen, overeenkomstig de uitvoeringsbepalingen en betalingsprocedures die worden vastgesteld bij besluit van de Ministro dello sviluppo economico (minister van Economische ontwikkeling), in overleg met de Ministro dell'economia e delle finanze.”

Lid 1031-ter: „De duur van de gebruiksrechten voor de frequenties die voortvloeien uit de in lid 1031 bedoelde omzetting en de frequenties die voortvloeien uit de toewijzing volgens de in lid 1031-bis bedoelde procedure, wordt vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van het wetboek voor elektronische communicatie dat is vervat in wetsbesluit nr. 259 van 1 augustus 2003.”

Lid 1032: „Bij besluit van de Ministro dello sviluppo economico wordt vóór 30 juni 2018, na een openbare raadpleging, het nationale tijdschema vastgesteld met de termijnen van het stappenplan voor de tenuitvoerlegging van de doelstellingen van besluit (EU) 2017/899 van 17 mei 2017 bedoeld in lid 1026, waarbij in aanmerking wordt genomen dat een overgangperiode moet worden vastgesteld van 1 januari 2020 tot en met 30 juni 2022 om te garanderen dat alle netwerkexploitanten die houder zijn van relevante gebruiksrechten op nationaal en lokaal niveau de frequenties hebben vrijgegeven en de multiplex die de regionale informatie bevat door de concessiehouder van de openbare radio-, televisie- en multimediadienst is geherstructureerd, en wel op grond van de volgende criteria: a) vaststelling van de geografische gebieden waarin het nationale grondgebied moet worden verdeeld voor de vrijgave van de frequenties, ook ter voorkoming of beperking van problemen door interferentie met radio-elektrische frequenties van aangrenzende staten die de 700 MHz-band gebruiken voor de mobiele dienst met eerdere vervaldata ten opzichte van Italië; b) vrijgave, bij het verstrijken van de onder f) bedoelde vervaltermijn, door de netwerkexploitanten die houder zijn van gebruiksrechten op lokaal niveau, van alle frequenties die op de datum van inwerkingtreding van deze wet worden gebruikt en gelijktijdige activering van de frequenties die in het nationaal frequentietoewijzingsplan zijn bestemd voor uitzendingen op lokaal niveau; c) vrijgave, bij het verstrijken van de onder f) bedoelde vervaltermijn, door de vergunninghouder van de publieke radio-, televisie- en multimediadienst, van de frequenties die op de datum van inwerkingtreding van deze bepaling werden gebruikt door de multiplex van de publieke omroep die de regionale informatie bevat en gelijktijdige activering van de frequenties die volgens het nationaal frequentietoewijzingsplan zijn bestemd zijn voor de verwezenlijking van de nieuwe multiplex die kan worden onderverdeeld in macrogebieden; d) vrijgave, bij het verstrijken van de onder f) bedoelde vervaltermijn, door de nationale exploitanten, van de frequenties die binnen de 702-734 MHz-band vallen, die overeenkomen met de kanalen CH 50-53, en gelijktijdige activering van de beschikbare frequenties, bij de vaststelling waarvan in aanmerking wordt genomen dat de ongemakken voor de

gebruikers beperkt moeten blijven en de bedrijfscontinuïteit moet worden gewaarborgd, en vrijgave, na het verstrijken van de onder f) vermelde termijn, door de netwerkexploitanten die houder zijn van de gebruiksrechten op lokaal niveau, van de frequenties die overeenkomen met de kanalen CH 51 en 53 voor de overeenkomstig het bepaalde onder a) vast te stellen geografische gebieden, binnen de overgangperiode van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2021; e) vrijgave van de resterende frequenties en de activering van de in het nationaal frequentietoewijzingsplan vermelde frequenties die het voorwerp zijn van de resterende nationale gebruiksrechten; f) vaststelling van de vervaltermijnen, binnen de overgangperiode van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2021, voor het stappenplan voor de vrijgaven en gelijktijdige activeringen van frequenties overeenkomstig de criteria en voor de nationale exploitanten die houder zijn van de gebruiksrechten voor de kanalen CH 50 en 52 bedoeld onder d), voor de overeenkomstig het bepaalde onder a) vast te stellen geografische gebieden, vaststelling van het stappenplan voor de vrijgave van frequenties overeenkomstig de criteria, en voor lokale exploitanten die houder zijn van de gebruiksrechten voor de onder d) bedoelde kanalen CH 51 en 53, voor de overeenkomstig het bepaalde onder a) vast te stellen geografische gebieden, binnen de overgangperiode van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2021, en vaststelling van de vervaltermijnen voor de vrijgave van de resterende frequenties en activering van de in het nationaal frequentietoewijzingsplan vermelde frequenties die het voorwerp zijn van de resterende gebruiksrechten bedoeld onder b), c) en e). Het in de vorige volzin bedoelde besluit wordt door de Ministro dello sviluppo economico vóór 15 april 2019 geactualiseerd.”

Wat de vier in de tweede en de derde prejudiciële vraag vermelde besluiten van de AGCOM betreft, daarin worden in wezen de richtsnoeren die de nationale wetgever in de genoemde leden van de begrotingswet 2018 heeft vastgesteld geherformuleerd in bewoordingen die aansluiten op de in detail vastgestelde technische gegevens.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 De onderhavige zaak vormt een nieuw hoofdstuk van een verhaal dat vóór 2000 begon en waarvan de hoofdrolspelers marktdeelnemers zijn die, net als Persidera, tevergeefs hebben geprobeerd een analoge televisiedienst op nationale schaal te lanceren, omdat ze op een onoverkomelijk obstakel stuiten in de vorm van een problematische context, die de Italiaanse Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië) heeft omschreven als een systeem waarin „bedrijven zich in de praktijk eenvoudigweg de frequenties hebben toegeëigend (exploitatie van installaties zonder concessies en vergunningen) dat niet is voortgekomen uit een streven naar meer pluralisme bij de verdeling van de frequenties en evenmin uit een gedegen etherplanning. Deze feitelijke toe-eigening is bovendien bij verschillende gelegenheden [en] gedurende lange perioden achteraf gelegitimeerd en gereguleerd door toe te staan dat de activiteiten van de individuele particuliere radio- en televisieomroepen werden voortgezet”.

- 2 De Corte costituzionale heeft zich meerdere malen over deze situatie gebogen en een reeks regelingen die feitelijk verhinderden dat het beginsel van pluriformiteit op informatiegebied in de praktijk werd gebracht, ongrondwettelijk verklaard. Daardoor werd de wetgever telkens gedwongen om de bestaande regeling te wijzigen, waarvan de verstorende effecten echter steeds weer voorlopig werden verlengd, zonder dat er dus een definitieve oplossing voor de kwestie kon worden gevonden.
- 3 Deze abnormale situatie duurde ook voort tijdens de overgang van analoge naar digitale transmissie, aangezien de Italiaanse wetgever bij het reguleren van deze overgang is uitgegaan van juist die context waarin de door zowel het Italiaanse Corte costituzionale als het Hof van Justitie vastgestelde gebreken (zie de drie bovengenoemde arresten van het Hof) nog echt niet waren verholpen.
- 4 In een dus nog niet volledig duidelijke situatie is de begrotingswet 2018 vastgesteld, waarvan een van de maatregelen tot doel heeft om, ten eerste, frequenties in de 700 MHz-band (694 - 790 MHz) toe te wijzen aan terrestrische systemen die in staat zijn om draadloze breedbanddiensten voor elektronische communicatie te leveren en, ten tweede, het radio- en televisiesysteem te reorganiseren op een digitaal terrestrisch platform (nationaal en lokaal).
- 5 De betrokken maatregelen zijn vastgesteld door de nationale autoriteiten, die de AGCOM de bevoegdheid hebben verleend voor het vaststellen van het nieuwe nationale frequentietoewijzingsplan en de criteria voor de omzetting van de gebruiksrechten voor frequenties van de nationale netwerkexploitanten die reeds houders waren van gebruiksrechten voor transmissiecapaciteit, en daarbij te zorgen voor de overgang van nationale multiplexen in de DVB-T-technologie naar nieuwe nationale multiplexen in de DVB-T2-technologie. Op grond van die bepalingen heeft de AGCOM het nationale frequentietoewijzingsplan voor 2019 vastgesteld (dat is goedgekeurd bij besluit nr. 39/19/CONS van de AGCOM), waarbij in totaal 12 nieuwe nationale DVB-T2-frequenties zijn gepland, en configuratieparameters zijn vastgesteld op grond waarvan de 20 nationale DVB-T-netwerken werden omgezet in slechts 10 toe te wijzen multiplexen DVB-T2.
- 6 De verwijzende rechter wijst erop dat de totstandkoming van het daaruit voortvloeiende nationale frequentietoewijzingsplan zeer moeizaam is verlopen met betrekking tot de vaststelling van de omzettingfactor die moest worden gebruikt om de overgang van de oude transmissiecapaciteiten van de marktdeelnemers naar de nieuwe te regelen. De AGCOM, die een te grote versnippering van de markt wilde voorkomen, was namelijk niet in de gelegenheid gesteld om deze factor op grond van uitsluitend technische overwegingen vast te stellen, aangezien zij, indien zij dat wel had gedaan, de wetgever niet dat pakket frequenties („digitaal dividend”) ter beschikking had kunnen stellen dat moest worden toegewezen volgens een niet-kosteloze procedure, zoals uitdrukkelijk was bepaald in de begrotingswet 2018.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 7 De verwijzende rechter gaat uitsluitend in op de grieven van Persidera, die, net als andere marktdeelnemers (zoals Cairo Network in de thans aanhangige zaak C-764/23), kritiek heeft op de technische aspecten van de in het nationale frequentietoewijzingsplan vastgestelde procedure voor de herverdeling van het spectrum, waarbij zij erop wijst dat het onrechtmatig is om voor digitale terrestrische televisie 10 nationale multiplexen (in de UHF-band), 4 lokale multiplexen (in de UHF-band), en een geregionaliseerde multiplex in de VHF-band te plannen. Daardoor zou het huidige aantal nationale multiplexen met maar liefst 50 % worden verlaagd (van 20 naar 10), wat in strijd is met het beginsel van efficiënt gebruik van het televisiespectrum. Daarnaast stelt zij dat de technische beoordeling onjuist is.
- 8 De concrete toepassing van deze regeling heeft ertoe geleid dat aan Persidera spectrumruimte is toegekend (2,5 DVB-T2-multiplexen) die niet gelijkwaardig wordt geacht aan de ruimte die zij reeds beheerde (5 DVB-T-multiplexen). Deze toewijzing heeft volgens Persidera geleid tot een verlies van transmissiecapaciteit en territoriale dekking, waardoor zij in economisch opzicht en qua concurrentiepositie nadeel heeft geleden. Persidera heeft ook aangevoerd dat deze maatregelen onrechtmatig zijn voor zover haar daarin geen enkele vergoeding is toegekend, aangezien slechts de mogelijkheid werd geboden om nog een ½ DVB-T2 multiplex te verwerven door deel te nemen aan de niet-kosteloze aanbesteding bedoeld in artikel 1, lid 1031 bis, van de begrotingswet 2018.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 9 Met betrekking tot de eerste vraag verwijst de Consiglio di Stato naar de toelichtingen die specifiek aan AGCOM zijn gevraagd ter rechtvaardiging van de keuzes die deze autoriteit heeft gemaakt met betrekking tot de criteria voor de omzetting van de gebruiksrechten voor oude frequenties in overeenkomstige rechten voor nieuwe frequenties. Aan de ene kant bevestigen deze toelichtingen dat in dit verband bijzonder complexe technische oplossingen moesten worden gebruikt, maar aan de andere kant blijkt daaruit dat de beleidskeuze van de wetgever, met name in artikel 1, leden 1031 en 1031-bis, van de begrotingswet 2018 (reeds aangehaald), in deze context een beslissende invloed heeft gehad. De verwijzende rechter vraagt zich af of gezien het feit dat die bepalingen inhoudelijk zeer gedetailleerd zijn opgesteld, er in wezen geen afbreuk is gedaan aan de fundamentele prerogatieven van de AGCOM – die zij, als NRI, steeds zou moeten genieten, in het licht van het Unierecht (zie met name de bovenvermelde kaderrichtlijn en het Europees wetboek voor elektronische communicatie) – van ruime autonomie en onafhankelijkheid ten opzichte van juist de wetgevende macht, om te kunnen bijdragen tot de daadwerkelijke verwezenlijking van die „economische democratie” die onontbeerlijk is om elke marktdeelnemer gelijke kansen te bieden om op een vrije markt te concurreren. De verwijzende rechter vreest dat doordat de omvang van de toe te wijzen kavels en de relevante

procedureregels in de geldende bepalingen zijn vastgesteld, de beslissingsbevoegdheid van AGCOM onrechtmatig is beperkt.

- 10 Met betrekking tot de **tweede vraag** wijst de verwijzende rechter erop dat de door de wetgever gemaakte beleidskeuzen, die zijn vervat in de bepalingen van de begrotingswet 2018, zoals gewijzigd (zie hierboven, met name artikel 1, lid 1031-bis) – door AGCOM te verplichten om het frequentietoewijzingsplan aldus te reorganiseren dat de eerder verleende vergunningen niet volledig werden omgezet, maar een aanzienlijk deel ervan werd gereserveerd voor toewijzing door middel van een „niet-kosteloze procedure zonder oproep tot mededinging” (het zogeheten „digitaal dividend” – voor een justitiabele die reeds houder is van frequenties voor digitale terrestrische uitzending, voor de toewijzing waarvan hij in het verleden reeds aanzienlijke kosten heeft moeten maken, ertoe heeft geleid dat zijn eerdere rechten in het gedrang komen en dat hij extra moet betalen louter om een transmissiecapaciteit te behouden die gelijkwaardig is aan die waarover hij reeds beschikte. Dat is volgens de Consiglio di Stato niet in overeenstemming met het Unierecht op dit gebied (met name de relevante bepalingen van de kaderrichtlijn en de machtigingsrichtlijn), en evenmin met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, bescherming van de mededinging en van het gewettigd vertrouwen. Op specifieke vragen over dit vraagstuk heeft AGCOM de verwijzende rechter overigens geantwoord dat „de technische beoordelingsvrijheid die [AGCOM, bij de in vraag 3 geciteerde besluiten] heeft uitgeoefend bij het vaststellen van de omzettingsfactor tussen [oude en nieuwe digitale] netwerken onvermijdelijk [bleek te zijn] beïnvloed door en gebonden aan de bepalingen van de begrotingswet 2018”.
- 11 Met betrekking tot de **derde vraag** verwijst de verwijzende rechter allereerst naar de precedënten in het reeds aangehaalde arrest van het Hof in zaak C-112/16, dat juist op Persidera betrekking had. Om de in dat arrest vastgestelde ongelijkheden weg te nemen, was AGCOM van plan om middels een niet-kosteloze procedure vier kavels toe te wijzen die overeenkomen met vier algemene gebruiksrechten voor frequenties, elk met een omvang van een halve nationale multiplex in DVB-T2-technologie. De vier kavels zijn onderverdeeld in drie categorieën: P1 (een kavel); P2 (een kavel); P3 (een kavel). AGCOM heeft bepaald dat Persidera (anders dan RAI en Mediaset, de gevestigde omroeporganisaties) kon meedingen naar de toewijzing van de kavels P2 en P3 (maar niet van kavel P1, die is voorbehouden aan nieuwe marktdeelnemers en exploitanten van slechts één netwerk), om aldus het concurrentievoordeel te compenseren dat voornoemde RAI en Mediaset onrechtmatig hadden verkregen. Volgens Persidera, wier standpunt de verwijzende rechter lijkt te delen, heeft deze oplossing de voornoemde ongelijkheden echter helemaal niet weggenomen – in strijd met ter zake geldende beginselen en regels van het Unierecht – aangezien: de eerdere rechten niet volledig zijn omgezet, teneinde een digitaal dividend te garanderen dat bestemd was voor een niet-kosteloze procedure (zie vraag 2); bovendien als maatregel om de ongelijkheid tussen de verschillende posities te corrigeren uitsluitend de niet-kosteloze procedure is gebruikt, waarbij asymmetrische regels zijn vastgesteld waarmee Persidera de in het verleden ontstane ongelijkheid uitsluitend kon

herstellen door extra kosten te maken en zij geen vergoeding ontving voor de transmissiecapaciteit die zij eerder had verworven.

WERKDOCUMENT