

**Zaak C-765/23****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:**

Europa Way Srl

**Verwerende partijen:**

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Presidenza del Consiglio dei ministri

Ministero dell'Economia e delle Finanze

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Hoger beroep tegen een vonnis van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië; hierna: „TAR Lazio”) waarbij het beroep is verworpen dat Europa Way had ingesteld tegen de handelingen betreffende het 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 6 en 19 VEU; artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”); de artikelen 3, 5, 7 en 14 van richtlijn 2002/20/EG; de

artikelen 3, 4, 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG; de artikelen 2 en 4 van richtlijn 2002/77/EG; de artikelen 5, 6, 8, 9, 31 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 de artikelen 6 en 19, lid 1, tweede alinea, VEU, uitgelegd in het licht van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikel 4, lid 1, eerste volzin, 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), en artikel 31 van richtlijn (EU) 2018/1972, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling als de relevante regeling van Italiaans recht [artikel 1, lid 1037, van de begrotingswet 2018 (wet nr. 205/2017)], die in een situatie met een communautaire dimensie de gevolgen van een beroep tot nietigverklaring beperkt door herstel of uitvoering in natura uit te sluiten en voorlopige maatregelen beperkt tot de betaling van een voorlopige vergoeding, waardoor afbreuk wordt gedaan aan het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming?

2) 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 de begrotingswet 2018, zoals ingevoerd bij artikel 1, lid 1105, van de 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?

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, en 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 één 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?

4) Staat 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 2020 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, en de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, bescherming van de mededinging en van het gewettigd vertrouwen, alsmede de beginselen van evenredigheid en passendheid in de weg [aan 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, waarin, mede gelet op de eerder in de nationale en supranationale rechtspraak vastgestelde onregelmatigheden, geen structurele maatregelen zijn vastgesteld om de eerder vastgestelde ongelijkheid op te heffen, en geen onderscheid is gemaakt voor de positie van de marktdeelnemer die na een niet-kosteloze selectieprocedure een frequentie heeft verworven door te bepalen dat die marktdeelnemer het recht heeft om dit recht te behouden, of moeten de hierboven beschreven niet-structurele maatregelen van de sectorale autoriteit passend en evenredig worden geacht?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikel 6 en artikel 19, lid 1, tweede alinea, TUE.

Artikel 47 van het Handvest.

De artikelen 3, 5, 7 en 14 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2020 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn).

Artikel 3, leden 3 en 3-bis, artikel 4, lid 1, eerste alinea, 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, 31 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, zijn voor een beter begrip van de gebeurtenissen die aan het onderhavige geding vooraf zijn gegaan met name de volgende arresten van belang: 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); 26 juli 2017, *Persidera* (C-112/16, EU:C:2017:597).

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Artikel 2058 codice civile (Italiaans burgerlijk wetboek): „De benadeelde kan verzoeken om herstel van de schade in natura, indien dit volledig of gedeeltelijk mogelijk is. De rechter kan echter oordelen dat de schade wordt vergoed door een gelijkwaardig bedrag te betalen, indien herstel in natura te belastend is voor de schuldenaar.”

Artikel 30 van decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 - codice del processo amministrativo (wetsbesluit nr. 104 van 2 juli 2010 - Italiaans wetboek bestuursprocesrecht). „1. De vordering tot schadevergoeding kan tegelijk met andere vorderingen worden ingesteld of, uitsluitend in gevallen van exclusieve rechtsmacht en in de in dit artikel bedoelde gevallen, ook afzonderlijk. 2. Het is mogelijk om vergoeding te vorderen van de schade die het gevolg is van de onrechtmatige uitoefening van een bestuurlijke taak of van het niet-uitoefenen van een verplichte bestuurlijke taak. In gevallen van exclusieve rechtsmacht kan tevens vergoeding worden gevorderd van de schade die het gevolg is van de schending van subjectieve rechten. Indien aan de voorwaarden van artikel 2058 van het Italiaans burgerlijk wetboek is voldaan, kan herstel van de schade in natura worden gevorderd. 3. Een vordering tot schadevergoeding wegens schending van legitieme belangen moet worden ingesteld binnen een vervaltermijn van honderdtwintig dagen vanaf de datum waarop het feit zich heeft voorgedaan, of vanaf de datum van kennisneming van de maatregel indien de schade rechtstreeks daaruit voortvloeit. Bij het vaststellen van de schadevergoeding beoordeelt de rechter alle feitelijke omstandigheden en het algehele gedrag van de partijen, en sluit hij hoe dan ook de vergoeding uit van de

schade die had kunnen worden voorkomen door de normale zorgvuldigheid te betrachten, ook door de voorziene beschermingsmiddelen te gebruiken. 4. Voor de vergoeding van de schade die de verzoeker bewijst te hebben geleden doordat de termijn voor het afsluiten van de procedure opzettelijk of uit onachtzaamheid niet in acht is genomen, gaat de in lid 3 bedoelde termijn niet in zolang de niet-naleving voortduurt. De in lid 3 bedoelde termijn begint in elk geval een jaar na het verstrijken van de termijn om een maatregel te nemen, te lopen. 5. Indien beroep tot nietigverklaring is ingesteld, kan de vordering tot schadevergoeding worden ingesteld tijdens het geding of in elk geval tot 120 dagen nadat het betrokken vonnis kracht van gewijsde heeft gekregen. 6. Ten aanzien van alle vorderingen tot vergoeding van schade die het gevolg is van schending van legitieme belangen of, in rechtsgebieden met exclusieve rechtsmacht, van subjectieve rechten, is de bestuursrechter exclusief bevoegd.”

Deze twee artikelen zijn relevant voor de eerste vraag, aangezien daarin de algemene regeling is vastgesteld die Europa Way op haar zaak toegepast zou willen zien.

Hieronder zijn enkele leden weergegeven van artikel 1 van wet nr. 205 van 27 december 2017 (begrotingswet voor 2018; hierna: „begrotingswet 2018”), zoals gewijzigd bij wet nr. 145 van 30 december 2018, die het voornaamste voorwerp van de prejudiciële vragen vormen:

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 overgangsperiode 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 overgangsperiode 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 overgangsperiode 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 voor de publieke omroep- en multimediasdienst, 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 percelen 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 met 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 5, 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.”

Lid 1037: „Gedingen betreffende de toewijzing van gebruiksrechten voor frequenties, de selectieprocedure en de andere in de leden 1026 tot 1036 bedoelde procedures, met name met betrekking tot de procedures voor het vrijgeven van frequenties voor digitale terrestrische televisie, vallen onder de exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechter en worden doorverwezen naar de TAR Lazio, die functioneel bevoegd is. Wegens het zwaarwegende nationale belang dat de frequenties snel worden vrijgegeven en toegewezen, brengt de nietigverklaring van de handelingen en maatregelen die in het kader van de in de leden 1026 tot 1036 bedoelde procedures worden vastgesteld, geen herstel of uitvoering in natura



met zich, en eventuele schade wordt uitsluitend vergoed door een gelijkwaardig bedrag te betalen. Voorlopige maatregelen blijven beperkt tot de betaling van een voorlopig bedrag.”

In de drie in de derde en de vierde prejudiciële vraag vermelde besluiten van de AGCOM 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 de eigenaar van het huidige netwerk Europa Way, 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 zaak 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 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 Op 7 april 2009 had de AGCOM namelijk een besluit vastgesteld (181/09/CONS) waarin zij de criteria voor de integrale digitalisering van terrestrische netwerken had vastgelegd. Dit besluit voorzag onder meer in de toewijzing van 21 nationale multiplexen, waarmee verschillende signalen in één gezamenlijke gegevensstroom kunnen worden gebundeld en tegelijkertijd verschillende terrestrische digitale televisiediensten kunnen overgebracht. Met het oog op de verdeling hiervan onder nieuwe marktdeelnemers, marktdeelnemers die reeds digitale netwerken hadden

aangelegd en marktdeelnemers die reeds analoge netwerken bedreven, zijn deze multiplexen in drie groepen met elk hun eigen toewijzingscriteria opgesplitst. Voorts was bepaald dat elke marktdeelnemer aan het eind van de selectieprocedure niet meer dan vijf nationale multiplexen mocht ontvangen. Meer in het bijzonder zouden de radiofrequenties die vanuit het digitale dividend beschikbaar waren gekomen (dat wil zeggen, de frequenties die waren vrijkomen na de toewijzing van frequenties aan alle marktdeelnemers) na afloop van een selectieprocedure volgens het model van een zogeheten „beauty contest” (een aanbesteding waaraan alleen bedrijven met bepaalde kenmerken kunnen deelnemen; ook wel kosteloze selectieprocedure genoemd) kosteloos worden toegewezen aan de marktdeelnemers die voldeden aan de gestelde voorwaarden. De regeling zou hebben gewaarborgd dat ook kleine marktdeelnemers de benodigde frequenties toegewezen kregen. Europa Way was tot de procedure toegelaten.

- 5 Bij besluit van 20 januari 2012 heeft het Ministero dello sviluppo economico de „beauty contest” evenwel geschorst en vervangen door een niet-kosteloze procedure, waaraan Europa Way niet heeft deelgenomen. Zij gaf er de voorkeur aan om voor de bestuursrechter beroep in te stellen tegen het besluit tot annulering van de „beauty contest”, waarbij in eerste instantie werd erkend dat de betrokken maatregelen onrechtmatig waren (zoals het Hof ook in het reeds aangehaalde arrest C-560/15 heeft geoordeeld) en de betrokken handelingen nietig werden verklaard. De AGCOM bevestigde vervolgens echter haar keuze voor een niet-kosteloze aanbestedingsprocedure, een keuze die volgens de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) was gerechtvaardigd omdat deze niet „het resultaat was van een heteronome verplichting [dat wil zeggen, opgelegd door de wetgever], maar van de overtuiging dat rekening moest worden gehouden met het – reeds door de wetgever gemanifesteerde – financiële belang”.
- 6 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 het digitale terrestrische platform (nationaal en lokaal) met betrekking tot de frequenties die beschikbaar blijven voor de omroepdienst (174 - 230 MHz en 470 - 694 MHz). 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 omzettingsfactor 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.

- 7 Het in deze omstandigheden opgestelde toewijzingsplan vertoont derhalve een aantal kritieke aspecten, die ten grondslag liggen aan de prejudiciële vragen die in de onderhavige zaak worden onderzocht. De nieuwe regeling, die voorbijgaat aan de reeds door de nationale en Unierechters vastgestelde onregelmatigheden, lijkt deze gebreken namelijk niet structureel te verhelpen; besteedt geen bijzondere aandacht aan marktdeelnemers die tegen betaling reeds een frequentie hebben verworven en rekenen op een recht om deze te behouden; sluit kosteloze omzettingsprocedures uit en schrijft juist een niet-kosteloze procedure voor, en verplicht de betrokken marktdeelnemer die de rechten reeds heeft verworven, om extra kosten te maken; lijkt de beslissingsbevoegdheid van de autoriteit die belast is met het beheer van het radio- en televisiesysteem – die in absolute onafhankelijkheid zou moeten werken – juist te sterk te beperken; en beperkt, tot slot, de gevolgen van eventuele vordering tot nietigverklaring voor de schadevergoeding door middel van een afwijkende regeling.

#### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 8 Europa Way voert aan dat het Unierecht op dit gebied op meerdere punten is geschonden. De belangrijkste grieven zijn dat de nieuwe Italiaanse regeling afbreuk doet aan de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie (hierna: „NRI”), die gedwongen wordt om het standpunt van de Italiaanse overheid klakkeloos over te nemen; dat de netwerken die onrechtmatig in handen zijn van voormalige monopolisten, die op de markt nog steeds een machtspositie hebben (de zogeheten „incumbants”), worden gelijkgesteld met de netwerken die rechtmatig in handen zijn van andere marktdeelnemers; en dat het beginsel van continuïteit van het aanbod wordt geschonden, aangezien de frequentie van Europa Way als gevolg van de vastgestelde criteria voor de digitale overgang werd gehalveerd, ondanks dat zij de gevraagde analoge activiteit regelmatig uitoefende.
- 9 De verwerende autoriteiten verzetten zich tegen alle aangevoerde grieven en verzoeken het beroep niet-ontvankelijk en ongegrond te verklaren.

#### **Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 10 Met betrekking tot de **eerste vraag** vraagt de verwijzende rechter zich af of de keuze die de wetgever heeft gemaakt in artikel 1, lid 1037, van de begrotingswet 2018 in overeenstemming is met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte dat elke burger van de Unie krachtens artikel 47 van het Handvest moet genieten. Door uit te sluiten dat aan de betrokken marktdeelnemer eventueel schadevergoeding kan worden toegekend in de vorm van herstel of uitvoering in natura (wat in de standaardregeling van het Italiaans burgerlijk wetboek en het wetboek van bestuursprocesrecht daarentegen wel mogelijk is; zie hierboven) en

deze schadevergoeding te beperken tot een financiële vergoeding, heeft de wetgever voorzien in een bescherming die ontoereikend is om de marktdeelnemer te compenseren voor de schade die door onrechtmatige maatregelen is veroorzaakt. Wat de marktdeelnemer wil is namelijk dat hem de gebruiksrechten voor frequenties worden toegewezen, een situatie die omvangrijke economische middelen vereist en waarvoor complexe bedrijfsstructuren voorzien van speciale technologische instrumenten moeten worden verwezenlijkt. De verwijzende rechter betwijfelt of de schade die voortvloeit uit de onrechtmatige belemmering van het genot van de vruchten van een dergelijke investering kan worden vergoed door louter een vervangende schadevergoeding toe te kennen. De huidige regeling gaat ook voorbij aan het feit dat deze activiteiten, naast het belang van de marktdeelnemer, het algemene belang dienen door zowel sociale cohesie als een verhoging van het culturele niveau van de samenleving te waarborgen. Dat ter rechtvaardiging van de keuze voor deze afwijking wordt verwezen naar het „zwaarwegende nationale belang dat de frequenties snel worden vrijgegeven en toegewezen”, zoals in de nationale regeling het geval is, lijkt de nationale rechter onredelijk.

- 11 Met betrekking tot de **tweede 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 het onbetwiste feit dat de technische oplossingen die in dit verband moesten worden gebruikt bijzonder complex waren, 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 de juist wetgevende macht, om te kunnen bijdragen tot de daadwerkelijke verwezenlijking van die „economische democratie” die onontbeerlijk is opdat elke marktdeelnemer gelijke kansen heeft om op een vrije markt te concurreren. De verwijzende rechter vreest dat doordat de omvang van de toe te wijzen percelen en de relevante procedureregels in de geldende bepalingen zijn vastgesteld, de beslissingsbevoegdheid van AGCOM onrechtmatig is beperkt.
- 12 Met betrekking tot de **derde vraag** wijst de verwijzende rechter erop dat de door de wetgever gemaakte beleidskeuzes, die zijn vervat in de bepalingen van de begrotingswet 2018 en de daaropvolgende wijzigingen (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” – 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 de [AGCOM, bij de in vraag 3 geciteerde besluiten] heeft uitgeoefend bij het vaststellen van de omzettingsfactor tussen [oude en nieuwe digitale] netwerken onvermijdelijk afhankelijk [bleek te zijn] van en gebonden aan door de bepalingen van de begrotingswet 2018”.

- 13 Met betrekking tot de **vierde vraag** beschrijft de verwijzende rechter de complexe en nooit volledig opgehelderde gebeurtenissen die de ontwikkeling van de regulering van de markt voor televisieomroep frequenties in Italië in de afgelopen decennia hebben gekenmerkt (waarvoor wordt verwezen naar de drie bovenvermelde arresten C-380/05, C-560/15, C-112/16). De Italiaanse regering, die zowel door de nationale rechters als door de Unierechters herhaaldelijk is herinnerd aan haar plicht om deze markt te reguleren op grond van objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria, is er nooit echt in geslaagd om alle onregelmatigheden, die het gevolg zijn van de eerdere beleidskeuzes, te verhelpen, en heeft volgens de verwijzende rechter ook geen gebruik weten te maken van de kans die haar daartoe werd geboden doordat deze markt moest worden gereorganiseerd met het oog op de overgang van oude naar nieuwe transmissietechnologieën. De verwijzende rechter stelt namelijk, kort samengevat: dat op grond van artikel 1, lid 1031-bis, van de begrotingswet 2018 en de daaruit voortvloeiende keuzes van de AGCOM, de eerdere rechten niet volledig zijn omgezet, teneinde een pakket frequenties te vormen dat moest worden toegewezen door middel van een niet-kosteloze procedure; dat een marktdeelnemer die gebruiksrechten voor frequenties had verworven, eveneens een omzettings-/toewijzingsprocedure moest doorlopen waardoor in de praktijk afbreuk werd gedaan aan zijn eerder verkregen rechten; dat uitsluitend de niet-kosteloze procedure is gebruikt als maatregel om het evenwicht tussen de verschillende posities te herstellen, waarbij asymmetrische regels zijn vastgesteld die minder op de markt gevestigde marktdeelnemers verplichtten om extra kosten te maken om het minimum te verkrijgen dat nodig was om de posities die zij eerder hadden weten te bemachtigen, te behouden.