

Sag C-764/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

12. december 2023

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

1. december 2023

Appellant:

Cairo Network Srl

Indstævnte:

Ministero delle Imprese e del Made in Italy

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Hovedsagens genstand

Appel til prøvelse af to domme, hvorved Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) ikke gav Cairo Network Srl medhold i påstanden om annullation af retsakter angående frekvensplanen for digitalt jordbaseret tv og af andre foranstaltninger vedrørende fastsættelsen af denne tjenestes egenskaber.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

I henhold til artikel 267 TEUF anmodes om en fortolkning af artikel 6 TEU og 19 TEU, artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), artikel 3, 5, 7 og 14 i direktiv 2002/20/EF, artikel 3, 4, 8 og 9 i direktiv 2002/21/EF, artikel 2 og 4 i direktiv 2002/77/EF, artikel 5, 6, 8, 9, 31 og 45 i direktiv (EU) 2018/1972 og afslutningsvis 11. og 20. betragtning til afgørelse (EU) 2017/899.

Præjudicielle spørgsmål

1) Skal EU-retten, og navnlig artikel 6 TEU og artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, fortolket i lyset af artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, artikel 4, stk. 1, første afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) samt artikel 31 i direktiv (EU) 2018/1972, fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning som den relevante italienske (artikel 1, stk. 1037, i lov nr. 205/2017), der i en situation af EU-retlig relevans begrænser virkningerne af et annullationssøgsmål ved at udelukke genoprettelsen eller opfyldelsen *in natura* og begrænser foreløbige forholdsregler til betaling af et forskud, således at den effektive retsbeskyttelse forringes?

2) Skal EU-retten, og navnlig artikel 3, stk. 3 og 3a, artikel 8 og artikel 9 i direktiv 2002/21/EF (det såkaldte »rammedirektiv«), som ændret ved direktiv 2009/140/EF, samt artikel 5, 6, 8, 9 og 45 i direktiv (EU) 2018/1972, fortolkes således, at den er til hinder for en ordning – som den, der i Den Italienske Republik er indført ved artikel 1, stk. 1031a, i finansloven for 2018, som indført ved artikel 1, stk. 1105, i finansloven for 2019 – der fratager den kompetente uafhængige administrative myndighed sin skønsmargen ved udøvelse af sine reguleringsopgaver, eller under alle omstændigheder markant begrænser den, ved at bestemme, at den yderligere transmissionskapacitet skal tildeles den operatør, som indgiver det højeste bud inden for rammerne af en udvælgelsesprocedure mod vederlag, i hvilken kun de veletablerede operatører (incumbents) deltager?

3) Skal EU-retten, og navnlig artikel 8 og 9 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet), artikel 3, 5, 7 og 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet), artikel 2 og 4 i Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16. september 2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, 11. og 20. betragtning til afgørelse (EU) 2017/899 samt rimelighedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om beskyttelsen af konkurrencen og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, fortolkes således, at den er til hinder for en ordning – som den, der er indført ved den relevante nationale lovgivning (artikel 1, stk. 1030, 1031, 1031a, 1031b og 1032, i lov nr. 205/2017), beslutning nr. 39/19/CONS, nr. 128/19/CONS og nr. 564/2020/CONS fra AGCOM (tilsynsmyndigheden for kommunikation) samt de respektive foranstaltninger vedrørende tildeling af brugsrettigheder til frekvenser til digitalt tv – der i forbindelse med, at »brugsrettigheder til frekvenser« omlægges til »brugsrettigheder til transmissionskapaciteten«, ikke fastsætter en omlægning med opretholdelse af samme kapacitet, men reserverer en del af kapaciteten til en udvælgelsesprocedure mod vederlag og pålægger en operatør yderligere omkostninger, såfremt denne vil sikre sig bevarelsen af de rettigheder, som denne over tid har erhvervet på lovlig vis?

4) Er EU-retten, og navnlig artikel 8 og 9 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet), artikel 3, 5, 7 og 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet), artikel 2 og 4 i Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16. september 2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, 11. og 20. betragtning til afgørelse (EU) 2017/899 samt rimelighedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om beskyttelsen af konkurrencen, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, proportionalitetsprincippet og hensigtsmæssighedsprincippet, til hinder for [en ordning] – som den, der er indført ved den relevante nationale lovgivning (artikel 1, stk. 1030, 1031, 1031a, 1031b og 1032, i lov nr. 205/2017), AGCOM's beslutning nr. 39/19/CONS, nr. 128/19/CONS og nr. 564/2020/CONS samt de respektive foranstaltninger vedrørende tildeling af brugsrettigheder til frekvenser til digitalt tv – der hverken vedtager foranstaltninger af strukturel karakter for at fjerne den forskelsbehandling, der tidligere er opstået, herunder som følge af uregelmæssigheder, som allerede er påvist i national og overnational retspraksis, eller indeholder en særlig ordning for en operatør, som har erhvervet en frekvens gennem en udvælgelsesprocedure mod vederlag og regner med en ret til at bevare denne frekvens, eller er derimod de ikke-strukturelle foranstaltninger, som AGCOM har vedtaget over for veletablerede operatører (incumbents), der oprindeligt var indehavere af de såkaldte overskydende net, hensigtsmæssige og forholdsmæssige?

5) Er EU-retten, og navnlig artikel 8 og 9 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet), artikel 3, 5, 7 og 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet), artikel 2 og 4 i Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16. september 2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, 11. og 20. betragtning til afgørelse (EU) 2017/899 samt rimelighedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om beskyttelsen af konkurrencen, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, proportionalitetsprincippet og hensigtsmæssighedsprincippet, til hinder for [en ordning] – som den, der er indført ved den relevante nationale lovgivning (artikel 1, stk. 1030, 1031, 1031a, 1031b og 1032, i lov nr. 205/2017), AGCOM's beslutning nr. 39/19/CONS, nr. 128/19/CONS og nr. 564/2020/CONS samt de respektive foranstaltninger vedrørende tildeling af brugsrettigheder til frekvenser til digitalt tv – der ikke tager højde for en operatørs berettigede forventning, når denne har erhvervet brugsrettigheden til en given frekvens gennem en udvælgelsesprocedure mod vederlag, hvor det var udtrykkeligt bestemt, at operatøren skulle erhverve retten til en frekvens med lignende dækning og i en tilsvarende periode som for den erhvervede brugsrettighed?

Anførte EU-retlige forskrifter og anført praksis fra Domstolen

Artikel 6 TEU og artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU.

Chartrets artikel 47.

Artikel 3, 5, 7 og 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet).

Artikel 3, stk. 3 og 3a, artikel 4, stk. 1, første punktum, artikel 8 og artikel 9 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet), som ændret ved direktiv 2009/140/EF.

Artikel 2 og 4 i Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16. september 2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

Artikel 5, 6, 8, 9, 31 og 45 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 om oprettelse af en europæisk kodeks for elektronisk kommunikation (omarbejdning).

11. og 20. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse (EU) 2017/899 af 17. maj 2017 om anvendelsen af 470-790 MHz-frekvensbåndet i Unionen.

Blandt de mange anførte afgørelser fra Domstolen er følgende domme af særlig betydning for en bedre forståelse af baggrunden for den foreliggende tvist: dom af 31. januar 2008, C-380/05, *Centro Europa 7*, af 26. juli 2017, C-560/15, *Europa Way og Persidera*, og af 26. juli 2017, C-112/16, *Persidera*.

Anførte nationale forskrifter

Artikel 2058 i codice civile (den borgerlige lovbog): »Den skadelidte kan anmode om genoprettelse in natura, såfremt dette helt eller delvist er muligt. Forvaltningsdomstolen kan dog beslutte, at der kun ydes økonomisk erstatning svarende til det lidte tab, såfremt genoprettelsen in natura fremstår som urimeligt byrdefuld for skyldneren.«

Artikel 30 i decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo) (lovdekret nr. 104 af 2.7.2010, loven om forvaltningsproceduren): »1. Erstatningssøgsmålet kan anlægges samtidigt med andet søgsmål eller – alene i de tilfælde, som er omfattet af enekompetence, og i de i denne artikel omhandlede tilfælde – også særskilt. 2. Der kan nedlægges påstand om erstatning af uberettiget tab som følge af retsstridig udførelse af administrative opgaver eller manglende udførelse af de tildelte opgaver. I de tilfælde, som er omfattet af enekompetence, kan der også nedlægges påstand om erstatning af tab som følge af krænkelse af subjektive rettigheder. Når betingelserne i artikel 2058 i codice civile er opfyldt, kan der også nedlægges påstand om erstatning af tab in natura. [...]

De ovenstående to artikler er relevante for det første spørgsmål, fordi de fastsætter de generelle regler, som efter Cairo Networks opfattelse skal finde anvendelse på dennes situation.

Nedenfor anføres nogle stykker i artikel 1 i legge del 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018) (lov nr. 205 af 27.12.2017, finansloven for 2018), som ændret ved lov nr. 145 af 30. december 2018, der udgør hovedgenstanden for de præjudicielle spørgsmål:

Stk. 1030: »Inden den 31. maj 2018 vedtager Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (tilsynsmyndigheden for kommunikation, herefter »AGCOM«) den nationale frekvensplan for digitalt jordbaseret tv, også benævnet PNAF, under hensyntagen til de mest avancerede koder eller standarder, der sikrer den mest effektive brug af frekvenser, og ved anvendelse af kriteriet vedrørende tekniske områder med henblik på lokal planlægning. Inden den 31. januar 2019 ajourfører AGCOM frekvensplanen i det foregående punktum. For at undgå interferens for radioelektrisk nærliggende lande skal planen for hver enkelt koordineringsområde defineret i de internationale aftaler, som ministeriet for økonomisk udvikling har indgået med nabolandenes myndigheder til gennemførelse af afgørelse (EU) 2017/899 af 17. maj 2017, nævnt i stk. 1026, udelukkende omfatte de frekvenser, som ifølge disse aftaler er tildelt Italien. [...]«

Stk. 1031: »På linje med målene i Unionens og national audiovisuel politik om social samhørighed, mediepluralisme og kulturel mangfoldighed og med det formål at sikre den mest effektive frekvensforvaltning, som kan opnås ved anvendelse af de mest avancerede teknologier, frigives alle nationalt og lokalt tildelte frekvenser for digitalt jordbaseret tv i VHF-III-båndet og 470-694 MHz-frekvensbåndet i overensstemmelse med tidsplanen i stk. 1032. Med de samme formål som i første punktum omlægges brugsrettigheder til frekvenser, som nationale netoperatører på datoen for denne lovs ikrafttrædelse er indehavere af, til brugsrettigheder til transmissionskapaciteten i nye nationale multiplexer med DVB-T2-teknologi på grundlag af de af AGCOM inden den 31. marts 2019 fastsatte kriterier vedrørende tildeling af brugsrettigheder til frekvenser. AGCOM fastsætter inden den 31. marts 2019 kriterierne vedrørende tildeling til nationale netoperatører på nationalt plan af de i henhold til stk. 1030 planlagte brugsrettigheder til frekvenser til digitalt jordbaseret tv, under hensyntagen til behovet for at sikre begrænsningen af eventuelle omkostninger til omdannelse og realisering af nettene, nedsættelsen af tidsforbrug i overgangsperioden i stk. 1032 og minimeringen af omkostninger og virkninger for slutbrugerne. Inden den 30. juni 2019 tildeler ministeriet for økonomisk udvikling brugsrettighederne til frekvenser i tredje punktum til de nationale netoperatører på grundlag af de i samme punktum omhandlede kriterier, som AGCOM har fastsat. AGCOM fastsætter nærmere regler og de omkostningsorienterede økonomiske vilkår, under hvilke public service-koncessionshaveren i multiplexen med regional information er forpligtet til, i overgangsperioden, at overdrage en andel af den tildelte transmissionskapacitet, og under alle omstændigheder i det mindste én kanal, til hver enkelt af de personer, som på datoen for denne bestemmelses ikrafttrædelse

på lovlig vis opererer på lokalt plan og er indehavere af brugsrettigheder til kanalerne CH 51 og 53, og som frigiver de respektive brugsrettigheder i overgangsperioden i henhold til stk. 1032.«

Stk. 1031a: »Tildelingen af den yderligere transmissionskapacitet, som er tilgængelig på nationalt plan, og af de jordbaserede frekvenser ud over dem, som er bestemt til omlægningen af brugsrettighederne i stk. 1031 og inkluderet i AGCOM's frekvensplan, og som er bestemt til digitalt jordbaseret tv til nationale netoperatører og public service-koncessionshaveren for radio, tv og multimedier, finder sted gennem en udvælgelsesprocedure mod vederlag uden fornyet konkurrence, som ministeriet for økonomisk udvikling indleder senest den 30. november 2019 til gennemførelse af de procedurer, som AGCOM har fastsat inden den 30. september 2019 i medfør af artikel 29 i kodeksen om elektronisk kommunikation i lovdekret nr. 259 af 1. august 2003, på grundlag af følgende principper og kriterier: a) tildeling af transmissionskapaciteten og frekvenserne på grundlag af delkontrakter af en størrelse svarende til halvdelen af en multiplex; b) fastsættelse af minimumsværdien på buddene på grundlag af de af AGCOM identificerede markedsværdier; c) hensyntagen til værdien af de fremsatte økonomiske bud; d) sikring af tjenestens kontinuitet, hurtigheden i den teknologiske omlægning og kvaliteten af den teknologiske infrastruktur, som stilles til rådighed af de nationale netoperatører i sektoren, herunder public service-koncessionshaveren for radio, tv og multimedier; e) evaluering af erfaringen af de nationale netoperatører i sektoren, især for så vidt angår realiseringen af net til digital radio; f) evaluering af den strukturelle kapacitet til at sikre effektiv brug af frekvenser, professionaliteten og kompetencen i sektoren, den teknologiske innovation og den optimale, effektive og rettidige udnyttelse af transmissionskapaciteten og af de resterende frekvenser; g) sikring af den bedste værdiansættelse af frekvenserne, idet der tages højde for den nuværende transmission af indhold af høj kvalitet via digitalt jordbaseret tv-teknologi til den størst mulige del af den italienske befolkning. Økonomi- og finansministeren gives beføjelse til, ved egne dekreter, at omfordele de indtægter, som indgår på det særlige indtægtskapitel i statsbudgettet, til særlige udgiftskapitler i budgettet for ministeriet for økonomisk udvikling, bestemt til interventioner med henblik på at give incitamenter til køb af tv-modtagelsesapparater som omhandlet i stk. 1039, litra c), under hensyntagen til princippet om teknologineutralitet, og til at fremme test af nye tv-teknologier, i henhold til nærmere regler og procedurer vedrørende ydelse, som fastsættes ved dekret fra ministeren for økonomisk udvikling i samråd med økonomi- og finansministeren.«

Stk. 1031b: »Gyldighedsperioden for brugsrettighederne til frekvenser, der hidrører fra omlægningen i stk. 1031 og fra tildelingen gennem proceduren i stk. 1031a, fastsættes i overensstemmelse med kodeksen om elektronisk kommunikation i lovdekret nr. 259 af 1. august 2003.«

Stk. 1032: »Inden den 30. juni 2018 fastsætter ministeren for økonomisk udvikling ved dekret og efter offentlig høring den nationale tidsplan med fristerne i køreplanen for gennemførelsen af målene i afgørelse (EU) 2017/899 af 17. maj

2017, nævnt i stk. 1026, under hensyntagen til behovet for at fastsætte en overgangsperiode fra den 1. januar 2020 til den 30. juni 2022 med henblik på at sikre, dels at alle netoperatører, der er indehavere af de respektive brugsrettigheder på nationalt og lokalt plan, frigiver deres frekvenser, dels at public service-koncessionshaveren for radio, tv og multimedier omstrukturerer multiplexen med regional information, idet følgende kriterier anvendes: a) der identificeres de geografiske områder, i hvilke landet opdeles med henblik på tildeling af frekvenser, herunder for at undgå eller reducere interferens for de radioelektrisk nærliggende lande, som begynder at anvende 700 MHz-frekvensbåndet for mobiltjenester på et tidligere tidspunkt end Italien; b) de netoperatører, som er indehavere af brugsrettigheder på lokalt plan, frigiver inden den i litra f) fastsatte frist alle frekvenser, som de anvender på datoen for denne lovs ikrafttrædelse, og samtidigt aktiveres de frekvenser, som ifølge frekvensplanen er bestemt til transmission på lokalt plan; c) public service-koncessionshaveren for radio, tv og multimedier frigiver inden den i litra f) fastsatte frist de frekvenser, som på datoen for denne bestemmelses ikrafttrædelse anvendes af public service-multiplexen med regional information, og samtidigt aktiveres de frekvenser, som ifølge frekvensplanen er bestemt til realiseringen af den nye multiplex med mulighed for opdeling efter makroområder; d) de nationale operatører frigiver inden den i litra f) fastsatte frist frekvenserne inden for 702-734 MHz-frekvensbåndet svarende til kanalerne 50-53, og samtidigt aktiveres de tilgængelige frekvenser, der skal identificeres under hensyntagen til behovet for at begrænse gener for brugerne og at sikre videreførelse af virksomhederne, og endvidere frigiver netoperatører, der er indehavere af brugsrettigheder på lokalt plan, inden den i litra f) fastsatte frist frekvenserne svarende til kanalerne CH 51 og 53 og bestemt til de fremtidige geografiske områder, som er identificeret i henhold til litra a), og under alle omstændigheder i overgangsperioden fra den 1. januar 2020 til den 31. december 2021; e) de resterende frekvenser frigives, og de frekvenser ifølge frekvensplanen, som er genstand for de resterende brugsrettigheder på nationalt plan, aktiveres; f) der fastsættes dels fristerne, under alle omstændigheder inden for overgangsperioden fra den 1. januar 2020 til den 31. december 2021, for såvel sekvensen med frigivelser og samtidige aktiveringer af frekvenserne på grundlag af de fastsatte kriterier og til gavn for de nationale operatører, der er indehavere af brugsrettigheder til kanalerne CH 50 og 52 i litra d), som skal realiseres ifølge de fremtidige geografiske områder, som er identificeret i henhold til litra a), som sekvensen med frigivelser af frekvenserne på grundlag af de fastsatte kriterier og med hensyn til de lokale operatører, der er indehavere af brugsrettighederne til kanalerne CH 51 og 53 i litra d), som skal realiseres ifølge de fremtidige geografiske områder, som er identificeret i henhold til litra a), og under alle omstændigheder i overgangsperioden fra den 1. januar 2020 til den 31. december 2021, dels fristerne for frigivelse af de resterende frekvenser og aktiveringen af de frekvenser ifølge frekvensplanen, som er genstand for de resterende brugsrettigheder i litra b), c) og e). Ministeren for økonomisk udvikling ajourfører dekretet i det foregående punktum inden den 15. april 2019.«

Stk. 1037: »Sager vedrørende tildeling af brugsrettigheder til frekvenser, udbudsproceduren og de øvrige procedurer i stk. 1026-1036, og navnlig procedurerne for frigivelse af frekvenser for digitalt jordbaseret tv, er omfattet af forvaltningsdomstolens enekompetence og henhører under den funktionelle kompetence af TAR del Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio). Af hensyn til den betydelige nationale interesse i en hurtig frigivelse og tildeling af frekvenserne medfører annullation af retsakter og foranstaltninger, som vedtages som et led i procedurerne i stk. 1026-1036, ikke genoprettelsen eller opfyldelsen in natura, og det eventuelle tab erstattes i givet fald kun med en økonomisk værdi svarende til det lidte tab. Foreløbige forholdsregler er begrænset til betaling af et forskud.«

Indholdet af de tre foranstaltninger fra AGCOM, som er nævnt i det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål, svarer i det væsentlige – i en ny formulering, som følger de på detailniveau identificerede tekniske data – til den nationale lovgivers retningslinjer i de ovennævnte stykker i finansloven for 2018.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Den foreliggende sag er det seneste trin i et forløb, som startede før 2000 og har involveret operatører, der i lighed med Cairo Network uden held har prøvet at indlede en analog tv-tjeneste på nationalt plan, idet de er stødt på en uovervindelig hindring i en problematisk sammenhæng, som Corte costituzionale (forfatningsdomstol) har betegnet som »et ren og ret de facto-brug af frekvenserne (drift af anlæg uden udstedelse af den pågældende licens eller tilladelse) imod ethvert princip om en større pluralisme, hvad distributionssystemet for jordfrekvenser angår, og om en effektiv planlægning af anvendelsen af radiospektrum. Dette de facto-brug er i øvrigt i flere tilfælde [og] i lange tidsperioder blevet legitimeret ex post og afhjulpet, således at de enkelte private radio- og tv-selskaber har kunnet fortsætte deres aktivitet«.
- 2 Corte costituzionale (forfatningsdomstol) har udtalt sig flere gange om forløbet og erklæret en række bestemmelser, som de facto ikke gav nogen garanti for gennemførelsen af mediepluralismeprincippet, for forfatningsstridige, hvorfor lovgiver hver gang har været nødt til at ændre den eksisterende lovgivning, hvis forvridende virkninger dog hver gang er blevet forlænget under en overgangsperiode, med den konsekvens, at spørgsmålet ikke har fået en endelig løsning.
- 3 Denne unormale situation er varet ved også i forbindelse med omlægningen af analog transmission til digital transmission, fordi den italienske lovgiver som et led i reguleringen af denne omlægning har taget udgangspunkt netop i den sammenhæng, hvis mangler – som konstateret af både Corte costituzionale (forfatningsdomstol) og Domstolen (jf. Domstolens tre ovennævnte domme) – endnu ikke var reelt afhjulpet.

- 4 I en situation, som således endnu var kendetegnet ved uregelmæssigheder, blev finansloven for 2018 vedtaget, der blandt de mange foranstaltninger sigtede mod dels at tildele frekvenserne i 700 MHz-frekvensbåndet (694-790 MHz) til jordbaserede systemer, der kan levere trådløse bredbåndskommunikationstjenester, dels at oprette en ny struktur for radio- og tv-systemet på digitalt jordbaseret platform (nationalt og lokalt) med hensyn til de frekvenser, som forblev tilgængelige for transmissionstjenesten (174-230 MHz og 470-694 MHz).
- 5 De respektive foranstaltninger blev vedtaget af de nationale myndigheder, der tildelte AGCOM beføjelsen til at udarbejde den nye nationale frekvensplan samt til at fastsætte de kriterier, efter hvilke de brugsrettigheder til frekvenser, som de nationale netoperatører allerede var indehavere af, skulle omlægges til brugsrettigheder til transmissionskapaciteten, for at sikre omlægningen fra nationale multiplexer med DVB-T-teknologi til nye nationale multiplexer med DVB-T2-teknologi. Lovgivningen tildelte desuden Ministero delle Imprese e del Made in Italy (ministeriet for erhverv og Made in Italy) beføjelsen til at definere tidsplanen for gennemførelse af afgørelse (EU) 2017/899 og opgaven med at indlede en udvælgelsesprocedure mod vederlag uden fornyet konkurrence vedrørende tildeling af den resterende transmissionskapacitet. I kraft af disse bestemmelser udarbejdede AGCOM den nationale frekvensplan 2019 (vedtaget ved AGCOM's beslutning nr. 39/19/CONS), der omfattede i alt 12 nye nationale DVB-T2-frekvenser, og i denne forbindelse fastsatte AGCOM konfigurationsparametrene for omlægning/direkte tildeling af kun 10 DVB-T2-multiplexer som erstatning for de 20 nationale DVB-T-net.
- 6 Den forelæggende ret har understreget, at udarbejdelsen af den heraf følgende nationale frekvensplan mødte betydelige vanskeligheder i forbindelse med fastsættelse af faktoren for at regulere omlægningen af operatørernes tidligere transmissionskapaciteter til de nye; AGCOM prøvede at undgå en for stor fragmentering af markedet, men blev ikke sat i stand til at bestemme denne faktor på grundlag af alene tekniske grunde, fordi den i så fald ikke ville have kunnet stille den udtrykkeligt i finansloven for 2018 fastsatte pakke med frekvenser («digitaliseringsdividenden»), som skulle tildeles gennem en udvælgelsesprocedure mod vederlag, til rådighed for lovgiver.
- 7 Den under disse omstændigheder udarbejdede plan udviser derfor en række kritiske aspekter, som ligger til grund for de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag. Den nye lovgivning har nemlig ignoreret de uregelmæssigheder, som allerede er blevet påvist af de nationale retter og Domstolen, og synes ikke at afhjælpe disse unormale forhold på strukturel vis, eftersom den ikke tager særligt hensyn til operatører, som allerede er indehavere af en frekvens mod vederlag og regner med en ret til at bevare den, udelukker omkostningsfrie omlægningsprocedurer, men derimod foreskriver en udvælgelsesprocedure mod vederlag og pålægger den berørte operatør at afholde yderligere omkostninger for de rettigheder, som denne allerede er indehaver af, og endeligt synes uforholdsmæssigt at begrænse skønsmargenen for den myndighed, som har til

opgave at administrere radio- og tv-systemet, og som derimod burde handle helt uafhængigt, ud over at indeholde undtagelsesbestemmelser, som begrænser de erstatningsmæssige virkninger af eventuelle annullationssøgsmål.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 8 Den forelæggende ret har fokuseret udelukkende på klagepunkterne fremsat af Cairo Network, der hævder, at den offentlige myndigheds foranstaltninger inden for proceduren vedrørende omfordeling af frekvenser er retsstridige af følgende grunde: De anfægtede foranstaltninger har ikke sikret omlægningen af de rettigheder, som virksomheden allerede havde erhvervet, og har bevirket en tilsidesættelse af lighedsprincippet; de har krænket Cairo Networks berettigede forventning knyttet til den tidligere tildeling af rettigheder; de har modsagt bestemmelserne i en tidligere foranstaltning fra 2013, hvorved der var indledt en procedure vedrørende tildeling af en tyveårig brugsrettighed; de har tilsidesat principperne i forfatningen og EU-retten vedrørende de selvstændige administrative myndigheds autonomi og uafhængighed, eftersom lov nr. 205/2017 har gjort indgreb i fastsættelsen af kriterierne, hvilken fastsættelse derimod alene tilkom AGCOM; de har bevirket en tilsidesættelse for det første af artikel 4 TEU, idet de er i strid med de principper, som Europa-Kommissionen fastsatte i traktatbrudsproceduren mod Den Italienske Republik som følge af, at tv-systemet var i strid med EU-retten, for det andet af det EU-retlige princip om den mest effektive brug af tv-frekvenser, for det tredje af retten til ny forhandling af tildelingsvilkårene og for det fjerde og sidste af princippet om fri konkurrence og ligebehandlingsprincippet i EU-retten.
- 9 Appellanten har på detaljeret vis kritiseret de tekniske aspekter i den procedure vedrørende omfordeling af frekvenser, som er blevet fastsat ved den nationale frekvensplan, og har fremhævet følgende angivelige retsstridige elementer: Planen omfatter 10 nationale multiplexer (i UHF-båndet) og 4 lokale multiplexer (i UHF-båndet) for digitalt jordbaseret tv samt en multiplex med regional information i VHF-båndet, hvilket indebærer, at de nuværende nationale multiplexer er markant reduceret i forhold til de tidligere (med 50%, fra 20 til 10), hvorfor planen er i strid med princippet om effektiv udnyttelse af tv-frekvenserne; der er ingen pligt til at reservere net til lokale radio- og tv-selskaber; den tekniske vurdering er fejlagtig.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 10 Hvad angår **det første spørgsmål** nærer den forelæggende ret tvivl om, at lovgivers valg ved artikel 1, stk. 1037, i finansloven for 2018 overholder princippet om effektiv retsbeskyttelse, som enhver unionsborger skal sikres i henhold til chartrets artikel 47. Ved at udelukke enhver form for genoprettelse eller opfyldelse in natura som eventuel erstatning til den berørte operatør (i modsætning til den sædvanlige ordning ifølge codice civile og codice del processo amministrativo; jf. ovenfor) og ved at begrænse denne erstatning til en økonomisk

erstatning, har lovgiver udformet en beskyttelse, som ikke er egnet til at erstatte den økonomiske operatør for tabet påført ved retsstridige foranstaltninger. Det gode, som operatøren sigter mod at opnå, består i tildeling af brugsrettigheder til frekvenser, hvilket kræver anvendelsen af betydelige økonomiske ressourcer og oprettelsen af komplekse virksomhedsstrukturer med særlige teknologiske instrumenter. Den forelæggende ret betvivler, at krænkelsen som følge af de retsstridigt indførte hindringer i forhold til at nyde resultaterne af en sådan indsats kan afhjælpes ved en simpel økonomisk erstatning svarende til det lidte tab. Den gældende lovgivning ignorerer endvidere, at disse aktiviteter ud over operatørens interesse forfølger samfundets almene interesse, idet de sikrer både social samhørighed og forhøjelse af samfundets kulturelle niveau. Efter den nationale rets opfattelse er det urimeligt at begrunde dette valg, som har undtagelseskarakter, med »den betydelige nationale interesse i en hurtig frigivelse og tildeling af frekvenserne«, sådan som anført i den omhandlede nationale lovgivning.

- 11 Angående **det andet spørgsmål** har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) anført de forklaringer, som AGCOM specifikt er blevet anmodet om at give med henblik på at begrunde dens valg af de kriterier, efter hvilke brugsrettighederne til de gamle frekvenser omlægges til de tilsvarende brugsrettigheder til de nye frekvenser. På den ene side bekræfter disse forklaringer den uomtvistede omstændighed, at de nødvendige tekniske løsninger var kendetegnet af ekstrem kompleksitet, men de fremhæver på den anden side den afgørende indflydelse i denne sammenhæng af lovgivers politiske linje, navnlig ved artikel 1, stk. 1031 og 1031a, i finansloven for 2018 (nævnt ovenfor). Den forelæggende ret betvivler, at indførelse af disse bestemmelser med et ekstremt nøjagtigt indhold i det væsentlige har respekteret AGCOM's grundlæggende beføjelser, hvorimod AGCOM i sin egenskab af national tilsynsmyndighed altid, i lyset af EU-retten (jf. navnlig rammedirektivet og den europæiske kodeks for elektronisk kommunikation, nævnt ovenfor), skal råde over vidtgående autonomi og uafhængighed netop i forhold til den lovgivende magt for at kunne bidrage til reel realisering af det »økonomiske demokrati«, som er uundværligt for, at alle operatører kan konkurrere på et frit marked på lige vilkår. Den forelæggende ret nærer bekymring for, at AGCOM's skønsmargen er blevet retsstridigt begrænset ved, at de gældende bestemmelser i sig selv fastsætter både størrelsen af de delkontrakter, som skal tildeles, og de respektive regler for gennemførelse af tildelingsproceduren.
- 12 Vedrørende **det tredje spørgsmål** har den forelæggende ret påpeget, at lovgivers politiske valg, som er blevet formuleret ved bestemmelserne i finansloven for 2018, med ændringer (jf. ovenfor; navnlig artikel 1, stk. 1031a) – idet AGCOM er blevet pålagt at omorganisere frekvensplanen således, at ikke alle tidligere koncessioner er blevet genstand for omlægning, men en betydelig andel af disse er blevet reserveret til tildeling gennem en »udvælgelsesprocedure mod vederlag uden fornyet konkurrence« – har medført, at en person, som allerede var indehaver af frekvenser til digital jordbaseret transmission, og som tidligere har afholdt væsentlige omkostninger for tildelingen heraf, har fået indskrænket sine

tidligere rettigheder og er nødt til at betale yderligere beløb alene for at bevare en transmissionskapacitet, som svarer til personens tidligere kapacitet. Ifølge Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er et sådant forhold hverken foreneligt med EU-retten på området (navnlig de respektive bestemmelser i rammedirektivet og i tilladelsesdirektivet) eller med ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om beskyttelsen af konkurrencen og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Adspurgt specifikt om dette spørgsmål har AGCOM i øvrigt erklæret for den forelæggende ret, at »den tekniske skønmargen udøvet [af AGCOM, ved de i det tredje spørgsmål nævnte beslutninger] i forbindelse med fastsættelse af faktoren for omlægning af [gamle til nye] digitale net unægtelig [er blevet] påvirket og betinget af bestemmelserne i finansloven for 2018«.

- 13 Hvad angår **det fjerde spørgsmål** har den forelæggende ret beskrevet det komplekse forløb, som aldrig er blevet fuldstændigt afklaret, som har kendetegnet udviklingen af reguleringen af markedet for frekvenser til tv-transmission i Italien i de seneste årtier (for nærmere detaljer henvises til de tre ovennævnte domme i sag C-380/05, i sag C-560/15 og i sag C-112/16). Den italienske regering, som gentagne gange er blevet opfordret af både de nationale retter og Domstolen til at overholde sin pligt til at regulere dette marked under iagttagelse af objektive, transparente og ikkediskriminerende kriterier, har aldrig reelt haft held med at afhjælpe alle de uregelmæssigheder, som er resultatet af tidligere politiske valg, og efter den forelæggende rets opfattelse har lovgiver end ikke benyttet den lejlighed i dette øjemed, som fulgte af behovet for at omorganisere dette marked med henblik på at omlægge de gamle til de nye transmissionsteknologier. Den forelæggende ret mener således sammenfattende, for det første at artikel 1, stk. 1031a, i finansloven for 2018, og de heraf følgende valg, som AGCOM har truffet, har bevirket en ufuldstændig omlægning af de tidligere rettigheder med henblik på at oprette en pakke med frekvenser, som skulle tildeles gennem en udvælgelsesprocedure mod vederlag, for det andet at selv en operatør, som var indehaver af brugsrettigheder til frekvenser, har været nødt til at være omfattet af en procedure vedrørende omlægning/tildeling, som i praksis har indskrænket de tidligere opnåede rettigheder, og for det tredje at alene udvælgelsesproceduren mod vederlag er blevet benyttet som foranstaltning til igen at bringe de forskellige stillinger i balance, og at de vedtagne asymmetriske bestemmelser har pålagt de ikke så etablerede operatører på markedet yderligere omkostninger for at opnå det, som mindst er nødvendigt for at bevare deres tidligere stillinger.
- 14 Hvad angår **det femte spørgsmål** har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) først og fremmest rekonstrueret den udvælgelsesprocedure mod vederlag, gennem hvilken Cairo Network i 2014 på lovlig vis erhvervede brugsrettigheden til en multiplex svarende til to kanaler, som i forbindelse med proceduren vedrørende omfordeling af frekvenser retsstridigt er blevet reduceret til en kanal. Efter den forelæggende rets opfattelse krænker dette på uberettiget vis appellansens berettigede forventning, der skal tages i særlig betragtning, for det første fordi den er baseret på en udtrykkelig offentlig erklæring om, at den tildelte frekvens ville blive erstattet med en lignende, for det

andet eftersom Cairo Network erhvervede multiplexen gennem en udvælgelsesprocedure mod vederlag, og derfor på en helt anden måde end andre operatører, samt under alle omstændigheder afholdt omkostninger og påtog sig erhvervsmæssige risici for erhvervelsen af brugsrettigheden og for såvel realiseringen som den tekniske drift af multiplexen og nettet, og for det tredje henset til, at det ville være korrekt at betragte appellanten som en ny markedsoperatør, som fra og med juli 2014 begyndte at realisere et tv-net af høj kvalitet og med stor spredning i landet, idet appellanten opførte 820 transmissionsanlæg – der endeligt blev færdige i de første måneder af 2017 – og således har foretaget store investeringer for at komme ind på et marked, som i flere årtier har været domineret af meget stærkere operatører, der allerede havde konsolideret deres markedspositioner under betingelser med manglende åbenhed, sådan som allerede erindret (jf. præmis 1 ovenfor).

ARBEJDSDOKUMENT