

Affaire C-766/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

12 décembre 2023

Jurisdiction de renvoi :

Consiglio di Stato [Conseil d'État (Italie)]

Date de la décision de renvoi :

1^{er} décembre 2023

Partie requérante :

Persidera SpA

Parties défenderesses :

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ministero delle Imprese e del Made in Italy

Publié le 1^{er} décembre 2023

[OMISSIS]

R É P U B L I Q U E I T A L I E N N E

Le Consiglio di Stato

siégeant au contentieux (sixième chambre)

a rendu la présente

ORDONNANCE

dans l'affaire, inscrite au registre général sous le numéro 4244/2021, introduite par :

Persidera SpA [OMISSIS]

contre

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, [OMISSIS] Ministero delle Imprese e del Made in Italy [OMISSIS]

en présence de

– RAI – Radiotelevisione Italiana SpA, [OMISSIS] Elettronica Industriale SpA., [OMISSIS] 3lettronica Industriale SpA, Espansione srl., Prima Tv SpA., Cairo Network srl., Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino srl. et Europa Way srl [OMISSIS]

dans l'affaire inscrite au registre général sous le numéro 4251/2021, introduite par :

Persidera SpA [OMISSIS]

contre

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, [OMISSIS] Ministero delle Imprese e del Made in Italy [OMISSIS]

en présence de

– RAI – Radiotelevisione Italiana SpA., [OMISSIS] Elettronica Industriale SpA., [OMISSIS] 3lettronica Industriale SpA, Espansione srl, Prima Tv SpA, Cairo Network srl, Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino srl et Europa Way srl [OMISSIS] ;

ayant pour objet la réformation :

A) *dans l'affaire n° 4244/2021 :*

du jugement du Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – siège de Rome – (troisième chambre) n° 01207/2021, prononcé entre les parties ;

B) *dans l'affaire n° 4251/2021 :*

du jugement du Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – siège de Rome – (troisième chambre) n° 01206/2021, prononcé entre les parties ;

[OMISSIS] [Visas]

A. LITIGES AU PRINCIPAL

A.1. INTRODUCTION ET RÉSUMÉ INTRODUCTIF DES LITIGES

1. Persidera SpA est un exploitant de réseau national, issue de la fusion – opérée en 2014 – entre Telecom Italia Media Broadcasting srl et Rete A SpA., contrôlée présentement par le fonds d'investissement F2i.

2. La société a introduit devant le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium, – siège de Rome – (« **TAR Lazio** », Italie) deux recours (Sections A.2 et A.3 de la présente ordonnance) tendant à l'annulation des décisions réglementaires et administratives adoptées au cours de la procédure ayant pour objet la conversion des fréquences actuelles en mode DVB-T destinées à la télévision digitale terrestre ainsi que l'attribution des fréquences en mode DVB-T2, à la suite de la reconfiguration (« *refarming* ») de la bande 700 MHz requise par le développement des services 5G [Décision (UE) 2017/899 *].

3. Il convient de relever à titre de résumé introductif que Persidera a contesté, en premier lieu, le Plan national d'attribution des fréquences destinées au service numérique terrestre [le « PNAF 2019 », approuvé par décision 39/19/CONS (et annexes) de l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autorité de tutelle des communications, ci-après également dénommée l'« **Autorité** » ou l'« **AGCOM** » ou encore l'« **ARN** »], au motif que le PNAF 2019 aurait prévu un total de 12 nouvelles fréquences nationales en DVB-T2, mais également défini des paramètres de configuration sur le fondement desquels était envisagée une attribution directe limitée à seulement 10 multiplex en DVB-T2, par conversion des 20 réseaux DVB-T nationaux attribués en 2012 pour une durée de 20 ans (2012-2032). La société a estimé erronées la configuration de référence aux fins de la réalisation des nouveaux réseaux [Reference Planning Configuration n° 1 (Modèle de planification de référence (« **RPC** ») n° 1] ainsi que l'application d'un facteur de conversion conventionnel de 0,5, avec réservation de 2 multiplex en DVB-T2 à la procédure concurrentielle à titre onéreux.

3.1. La société a également critiqué l'inadéquation des 10 fréquences DVB-T2 nationales, en relevant que cette réglementation était entachée d'illégalité et viciée par une interprétation erronée de la réglementation nationale régissant la conversion des réseaux nationaux et l'attribution de la capacité de transmission supplémentaire par procédure publique à titre onéreux visée à l'article 1^{er}, paragraphes 1031 et 1031 *bis* de la loi n° 205/2017, telle que modifiée par l'article 1^{er}, paragraphes 1103 et 1104, de la loi n° 145/2018.

3.2. L'application concrète de ces critères et de cette réglementation a valu à Persidera l'attribution de ressources spectrales (2,5 multiplex en DVB-T2) jugées partielles et non équivalentes à celles exercées (5 multiplex en DVB-T). Cette attribution aurait entraîné, selon l'opérateur, une perte de capacité de transmission et de couverture territoriale, ainsi que les conséquences économiques et concurrentielles corrélatives. Enfin, Persidera a plaidé l'illégalité de ces mesures en ce qu'elles ne prévoient aucune indemnisation en sa faveur, mais seulement la possibilité d'obtenir un demi-multiplex en DVB-T2 supplémentaire par la voie d'une participation à l'appel à candidatures à titre onéreux au titre de l'article 1^{er}, paragraphe 1031 *bis*, de la loi n° 205/2017.

* Ndt : Décision (UE) 2017/899 du Parlement européen et du Conseil, du 17 mai 2017, sur l'utilisation de la bande de fréquences 470-790 MHz dans l'Union (JO 2017, L 138, p. 131).

A.2. RECOURS DE PREMIÈRE INSTANCE DE PERSIDERA DIRIGÉ CONTRE LE PNAF 19 ET LES ACTES CONNEXES (INSCRIT AU REGISTRE GÉNÉRAL DU TAR LAZIO – SIÈGE DE ROME – SOUS LE N° 4642/2019).

4. [OMISSIS] [Les griefs, dans la mesure de leur pertinence, ont été déjà exposés dans la partie A.I de l'« Introduction »]

A.2.1. ARRÊT N° 1206/2021 DU TAR LAZIO – SIÈGE DE ROME – STATUANT SUR LE RECOURS RG 4642/2019

6. Par l'arrêt cité en exergue, le TAR Lazio – siège de Rome – a rejeté le recours. [OMISSIS].

6.1. [OMISSIS] [Les points pertinents de la motivation du jugement du TAR Lazio ressortent en substance de l'exposé des motifs formulé en appel par Persidera ; voir point 10 ci-dessous]

A.3. RECOURS RG 8141/2019 FORME DEVANT LE TAR LAZIO CONTRE LES ACTES DE CONVERSION DES RESEAUX ET LES AUTRES ACTES SE RAPPORTANT À LA RECONFIGURATION (« *REFARMING* »)

7. [OMISSIS] [Il est renvoyé aux développements du point A.1 de l'« Introduction »]

A.3.1. ARRET 1207/2021 PRONONCE PAR LE TAR LAZIO – SIEGE DE ROME – SUR LE RECOURS RG 8141/2019

8. Le TAR Lazio a rejeté le recours. [OMISSIS]

8.1. [OMISSIS] [Les passages pertinents de la motivation de l'arrêt du TAR Lazio ressortent en substance de la formulation des griefs développés en appel par Persidera ; voir point 11 ci-dessous]

A.4. APPELS DE PERSIDERA DEVANT LE CONSIGLIO DI STATO

9. Persidera a interjeté appel des deux jugements devant le Consiglio di Stato.

10. Par appel n° RG 4251/2021, Persidera a contesté le jugement n° 1206/2021 en invoquant plusieurs moyens. En particulier, elle a soutenu : i) l'illégalité du jugement pour défaut de contrôle juridictionnel effectif des appréciations juridiques et des solutions techniques adoptées ; ii) l'erreur tenant à ce que le jugement a exclu, d'une part, l'existence d'une restriction réglementaire visant à assurer le respect du rapport d'équivalence lors de la conversion des réseaux nationaux en DVB-T en réseaux en DVB-T2 [qui ressort, au contraire, de la décision (UE) 2017/899 imposant aux États membres l'obligation de garantir un modèle de passage au DVB-T2 équitable, non discriminatoire et non pénalisant

(considérants 11 et 20 de la décision (UE) 2017/899) et, en tout état de cause, apte à garantir la continuité des services de radiodiffusion télévisuelle] et, d'autre part, l'existence d'une interdiction de modification et/ou de retrait des droits d'utilisation avant leur date d'expiration ; iii) l'erreur résultant de la validation par le jugement de l'adoption de la configuration de réseau RPC n° 1 au lieu de la configuration de réseau RPC n° 2, dans la mesure où il en résulte une perte de capacité de transmission et de couverture territoriale ; iv) la violation et l'interprétation erronée du rapport entre la procédure de conversion directe des réseaux et la procédure d'appel à candidatures prévue à l'article 1^{er}, paragraphe 1030 *bis*, de la loi n° 205/2017, qui, selon Persidera, aurait dû porter uniquement sur l'éventuelle capacité restée disponible à l'issue du processus de conversion, dont résulterait, selon une interprétation différente, l'illégalité des dispositions légales pour violation des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime et pour méconnaissance du principe d'indépendance des autorités réglementaires nationales, eu égard également aux conclusions formulées par la Cour de justice dans son arrêt du 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera* (C-560/15, EU:C:2017:593) ; v) l'erreur tenant à ce que le jugement a estimé non nécessaire l'établissement d'un processus de transition homogène et harmonisé vers la technologie DVB-T2, pourtant crucial pour le fonctionnement du PNAF 2019 ; vi) l'erreur viciant le jugement en ce qu'il a écarté le bien-fondé du recours sur présentation de moyens nouveaux dirigé contre l'annexe 3 à la décision 39/19/CONS, concernant la fixation de contraintes radioélectriques indûment onéreuses et disproportionnées, génératrices d'une inégalité de traitement au détriment de Persidera.

11. Par appel RG 4244/2021, Persidera a entrepris le jugement n° 1207/2021, en invoquant, également dans ce cas, plusieurs moyens de réformation. En particulier, elle a contesté le jugement des premiers juges pour les mêmes motifs que ceux rapportés sous i) et ii) au point 10 ci-dessus, auxquels il est donc renvoyé. Persidera a également dénoncé des erreurs entachant le jugement de première instance dans la mesure où i) il a retenu la légalité du facteur de conversion de 0,50, la configuration du réseau RPC n° 1, et jugé inapplicable le facteur de conversion différent de 0,60, suggéré par Persidera ; ii) il a exclu la violation des droits acquis en vertu de l'attribution intervenue en 2012 et la nécessité d'une compensation financière à raison du préjudice causé par l'attribution de ressources de fréquence non équivalentes ; iii) il a regardé comme légale l'attribution à la RAI et à Elettronica Industriale SpA d'un « *quantum* » de ressources identique à celui destiné à Persidera, en dépit de l'arrêt n° 5928/2018 du Consiglio di Stato, prononcé postérieurement à l'arrêt du 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera* (C-560/15, EU:C:2017:593) ; iv) il n'a pas jugé nécessaire de communiquer la décision 129/19/CONS à la Commission ; v) il n'a pas constaté de violation des obligations procédurales de consultation publique et vi) il n'a pas jugé nécessaire la définition d'un processus de transition vers la technologie DVB-T2 homogène et harmonisé.

12. L'Autorité et le Ministero dello Sviluppo Economico (ministère du développement économique, ci-après également le « **MiSE** ») se sont constitués

dans la procédure pendante devant le Consiglio di Stato, ainsi que les autres opérateurs parties adverses, qui ont opposé l'irrecevabilité des recours et leur absence de fondement. [OMISSIS]

A.5. EVOLUTION ULTERIEURE DE LA RECONFIGURATION ET MODIFICATION PARTIELLE DE SES CONCLUSIONS PAR PERSIDERA

13. Au cours des procédures d'appel, d'autres actes se rapportant à la procédure de reconfiguration ont été adoptés.

13.1. En particulier, l'AGCOM a pris la décision 564/20/CONS, engageant les « *Procédures d'attribution de la capacité de transmission supplémentaire disponible au niveau national et des fréquences terrestres, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1031 bis, de la loi n° 205, du 27 décembre 2017, tel qu'inséré par la loi n° 145, du 30 décembre 2018* ». Persidera a saisi le TAR Lazio – siège de Rome – d'un recours (RG 11466/2020) dirigé contre cette décision (et encore pendant à la date de l'examen des présents appels en chambre du conseil).

13.2. Pour sa part, le ministère a lancé la procédure concurrentielle à titre onéreux au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1031 bis de la loi n° 205/2017, aux fins de l'attribution de 2 multiplex en DVB-T2, divisés en trois lots (P1, P2 et P3). Cette décision a été attaquée devant le TAR Lazio – siège de Rome, par recours n° 59576/2021, qui était encore pendant à la date de l'examen des présents appels en chambre du conseil).

14. La décision 562/20/CONS de l'AGCOM a défini la procédure concurrentielle à titre onéreux et donné par ailleurs exécution aux arrêts n°s 5928/2018 et 6910/2019 prononcés par le Consiglio di Stato sur recours introduits par Persidera elle-même à la suite de l'arrêt rendu le 26 juillet 2017 à titre préjudiciel par la Cour de justice dans l'affaire Europa Way et Persidera (C-560/15, EU:C:2017:593).

14.1. Persidera a participé à la procédure à titre onéreux et estimé que les 2,5 multiplex en DVB-T2 attribués en août 2019 étaient insuffisants. Elle a donc soumissionné au lot P2 pour compléter le droit d'utilisation générique égal à un demi-multiplex et obtenir au moins les 3 multiplex en DVB-T2 nationaux jugés nécessaires pour garantir la continuité du service. À cette fin, elle a présenté une offre financière de 3 950 000,00 euros, fondée sur la valeur minimale (prix de réserve) établie pour le lot mis en concurrence (article 3, paragraphes 1 et 2 de la décision 564/20/CONS). Il a été versé lors de l'adjudication 50 % de l'offre financière (soit 1 975 000,00 euros), moyennant les garanties requises, le solde (1 975 000,00 euros) faisant en revanche l'objet de versements échelonnés jusqu'en juillet 2026.

14.2. . Au terme de la procédure à titre onéreux précitée, Persidera a été déclarée adjudicataire du lot P2 [OMISSIS] et, par conséquent, attributaire du droit

d'utilisation spécifique se rapportant au « Réseau national n° 6 » [OMISSIS]. Persidera est ainsi devenue titulaire des droits d'utilisation des fréquences relatives à 3 multiplex nationaux en technologie DVB-T2 (Réseaux nationaux « 4 », « 5 » et « 6 »). La RAI, Elettronica Industriale et Cairo ont également participé à la même procédure de mise en concurrence, obtenant chacune un lot (un demi-multiplex) et complétant ainsi le droit d'utilisation générique sans spécification de fréquence attribué par conversion directe.

14.3. Il a donc été assigné à l'issue de cette procédure 11 réseaux nationaux (sur les 12 en DVB-T2 envisagés par la décision 39/19/CONS). Plus précisément : i) la RAI a obtenu les réseaux nationaux « 8 », « 7 » et « 2 », ii) Elettronica Industriale, les réseaux nationaux « 1 », « 9 » et « 3 », iii) Persidera, les réseaux nationaux « 4 », « 5 » et « 6 », iv) Cairo, le réseau national « 10 », et v) 3elettronica et Prima Tv, le réseau national « 11 », avant mise en concurrence et en vertu d'une entente.

15. Au vu de la situation établie entre-temps et, en particulier, de l'obtention de 3 multiplex, Persidera a modifié ses conclusions initiales, en demandant à la chambre de constater l'illégalité des actes contestés et de condamner l'administration à lui rembourser intégralement tous les frais exposés aux fins de l'attribution du demi-multiplex DVB-T2 [OMISSIS] et à lui verser une indemnité à raison de : i) la perte de ses droits d'utilisation des fréquences. [OMISSIS]

15.1. Persidera a, en substance reformulé sa demande initiale en ne sollicitant une indemnisation que pour les dommages et les frais encourus pour obtenir les droits d'utilisation, ainsi qu'une indemnisation des pertes pécuniaires résultant des mesures législatives et administratives adoptées par les autorités italiennes.

A.6. ORDONNANCES D'INSTRUCTION N^{OS} 5778/2023 ET 5781/2023 DU CONSIGLIO DI STATO

16. Par les ordonnances d'instruction citées en exergue, la chambre a demandé à l'AGCOM et au ministère des Entreprises et du Made in Italy de produire un rapport explicatif précisant : i) si et selon quelles modalités l'Autorité avait [OMISSIS], donné exécution, d'une façon générale, à l'arrêt du 26 juillet 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597) exigeant – dans le cas de figure, certes, différent, du passage du système analogique au système numérique – l'exclusion préalable des fréquences illégalement exploitées par les opérateurs historiques dominant le marché télévisuel italien (opérateurs dits « *incumbent* ») (et dont les opérateurs ne peuvent donc pas bénéficier lors de la redistribution des fréquences dans le cadre des transitions technologiques) et, par ailleurs, si cette exécution avait été diligentée contemporanément, précédemment ou postérieurement à l'élaboration du PNAF présentement sous examen ; ii) dans l'hypothèse inverse d'un défaut d'exécution, quelles en ont été les raisons et, en outre, si d'autres mesures de nature compensatoire ont été adoptées à l'occasion de la reconfiguration pour la bande à haut débit et de l'adoption du PNAF, afin de rétablir l'égalité de traitement entre opérateurs et d'éliminer les situations de

privilège, et en quoi ces mesures ont consisté ; iii) quelle évaluation technique avait conclu à un critère de conversion des multiplex de 0,5, lors du passage de la technologie en DVB-T à la technologie en DVB-T2 ; iv) s'il avait été tenu compte de manière différenciée, et selon quels critères, des opérateurs ayant obtenu une concession en vertu d'une clause de l'appel à candidatures de 2014 stipulant que, lors de la libération des fréquences aux fins du programme de reconfiguration, une fréquence de couverture et de durée similaires leur serait garantie ; v) s'il avait été tenu compte de manière différenciée, et selon quels critères, des opérateurs opérant déjà en mode DVB-T2 ou si les intéressés avaient reçu le même traitement que les autres et pour quelles raisons techniques ; vi) si la conversion sur la base du paramètre 0,5 garantit généralement et pour quelles raisons l'équivalence ainsi que la neutralité technologique et la continuité de la transmission.

17. L'Autorité et le Ministère ont donné exécution à l'ordonnance d'instruction en déposant les documents demandés. [OMISSIS] [Étapes procédurales]

B. JONCTION DES AFFAIRES

19. Il est décidé au préalable de joindre les affaires citées en exergue. [OMISSIS]

C. CONDITIONS DU RENVOI PRÉJUDICIEL AU TITRE DE L'ARTICLE 267 TFUE

20. [OMISSIS] [Rappel des règles de base consolidées du renvoi préjudiciel]

21. Il résulte de ces précisions qu'il convient d'admettre en l'espèce la réunion des conditions exigeant du Consiglio di Stato le renvoi préjudiciel des questions d'interprétation.

21.1. Les questions de droit [de l'Union] pertinentes aux fins des présents litiges concernent des mesures législatives, réglementaires et administratives adoptées aux fins de la mise en œuvre de la décision (UE) 2017/899. En particulier, les litiges s'inscrivent dans le cadre du processus global de reconfiguration, qui a exigé la libération de la bande de fréquences 694-790 MHz (dite « *bande des 700 MHz* ») pour les services mobiles de cinquième génération. L'Italie a mis en œuvre la décision [de l'Union] et a prévu en même temps le passage de la technologie DVB-T à la technologie DVB-T2, dans le cadre du processus de redéploiement du système de radiodiffusion télévisuel national et local, dans la bande laissée disponible pour la radiodiffusion (« *broadcasting* ») à la suite de la réservation des fréquences de 700 MHz (694-790 MHz) aux services de communication électronique à large bande sans fil. Il y a donc lieu de regarder comme pertinentes aux fins des présents litiges aussi bien les dispositions de la décision (UE) 2017/899 que le cadre réglementaire dans lequel s'inscrit cette

même décision et qui définit les règles générales régissant les services de médias dans les pays de l'Union.

21.2 En second lieu, la pertinence du droit [de l'Union] doit être retenue, si l'on considère aussi bien les problèmes propres au système de radiodiffusion télévisuelle italien que les décisions rendues par la Cour justice en la matière et au nombre desquelles figure l'arrêt du 26 juillet 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597).

21.3 En raison du caractère inédit de la procédure, il n'a pas été constaté de décision pertinente de la Cour de justice, de sorte que les questions ne sont pas identiques à d'autres questions qu'elle aurait résolues et qu'il n'existe pas non plus de jurisprudence consolidée de la Cour, eu égard également à la particularité des litiges relevée précédemment.

21.4 Enfin, les questions préjudicielles examinées soulèvent des problèmes d'interprétation qui ne semblent pas donner de raisons de penser que « *l'interprétation correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable* ». [OMISSIS]

D. QUESTIONS SOUMISES À LA COUR DE JUSTICE

22. Par la présente ordonnance, le Consiglio di Stato soumet à la Cour de justice un certain nombre de questions relatives à l'interprétation de normes et de principes du droit de l'Union. Compte tenu de la pluralité des questions, les dispositions [du droit de l'Union] et du droit interne seront exposées en rapport avec chaque question, afin de sérier exactement les problèmes pertinents en fonction du cadre juridique de référence.

D.1. PREMIERE QUESTION CONCERNANT LES ARTICLES 3, PARAGRAPHES 3, 3 *BIS* ET 8 DE LA DIRECTIVE 2002/21/CE (DIRECTIVE-CADRE) *, TELLE QUE MODIFIÉE PAR LA DIRECTIVE 2009/140/CE ** [CORRESPONDANT AUX ARTICLES 3, 4, 6, 8, PARAGRAPHE 1, ET 25 **], ET CONSIDÉRANTS 34 ET 37 DE LA DIRECTIVE (UE) 2018/1972, ÉTABLISSANT LE CODE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES EUROPÉEN ****], AINSI QUE LA CONFORMITÉ DE LA LÉGISLATION NATIONALE À CES DISPOSITIONS

23. Par sa première question, le Consiglio di Stato demande à la Cour si le droit de l'Union et, en particulier, les articles 3, paragraphes 3 et 3 *bis*, 8 et 9 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), telle que modifiée par la directive 2009/140/CE, ainsi que les articles 5, 6, 8, 9 et 45 de la directive (UE) 2018/1972, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à un système tel que celui introduit en Italie par l'article 1^{er}, paragraphe 1031 *bis* de la loi de finance 2018, tel qu'inséré par l'article 1^{er}, paragraphe 1105, de la loi de finance 2019, dans la mesure où, comme exposé ci-dessous, ce système prive l'autorité administrative indépendante de ses fonctions de régulation, ou, en tout état de cause, les limite sensiblement, en prévoyant que l'attribution d'une capacité de transmission supplémentaire est effectuée au moyen d'une procédure à titre onéreux avec attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse et participation des opérateurs historiques dominant le marché.

D.1.1. DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT [DE L'UNION]

24. Il convient de relever, à propos de la présente question, la pertinence de certaines [dispositions] de la directive-cadre, qui a établi un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques et constitué le dispositif réglementaire de référence lors de l'ouverture de la procédure de reconfiguration. Un grand nombre de ces dispositions sont reprises par la directive (UE) 2018/1972 qui a procédé à la refonte des directives

* Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») (JO 2002, L 108, p. 33).

** Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (JO 2009, L 337, p. 37).

*** Ndt : Lire plutôt « 45 » (voir point 23 et première question préjudicielle exposée au point 86 ci-dessous).

**** Ndt : Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2018, établissant le code des communications électroniques européen (refonte) (JO 2018, L 321, p. 36).

2002/19/CE ^{*}, 2002/20/CE ^{**}, 2002/21/CE et 2002/22/CE ^{***}. Il convient donc également d'indiquer les dispositions homologues de cette directive.

25. Le considérant 11 de la directive 2002/21/CE précise que « *[c]onformément au principe de la séparation des fonctions de régulation et d'exploitation, les États membres devraient garantir l'indépendance des autorités de régulation nationales et des autres autorités compétentes afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions. Cette exigence d'indépendance ne porte pas atteinte à l'autonomie institutionnelle ni aux obligations constitutionnelles des États membres, ni au principe de neutralité en ce qui concerne les règles régissant le régime de la propriété applicables dans les États membres établi à l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il convient que les autorités de régulation nationales et les autres autorités compétentes soient en possession de toutes les ressources nécessaires, en termes de personnel, de compétences et de moyens financiers, pour l'exécution de leurs missions* » [considérant 34 de la directive (UE) 2018/1972]).

25.1. Le considérant 18 de la directive-cadre précise que « *[l]'exigence pour les États membres de veiller à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation technologique soit neutre, c'est-à-dire qu'elle ne soit ni contraignante ni discriminatoire au bénéfice de l'utilisation d'un type particulier de technologie, n'empêche pas que des mesures proportionnées soient prises afin de promouvoir certains services spécifiques, si cela est justifié, par exemple la télévision numérique dans le but d'accroître l'efficacité de l'utilisation du spectre.* » [considérant 25 de la directive (UE) 2018/1972]

25.2. Selon le considérant 21 de la directive-cadre, « *[[l]es États membres peuvent recourir, entre autres, à des procédures de sélection concurrentielles ou comparatives pour l'attribution de radiofréquences ou de numéros présentant une valeur économique exceptionnelle. Lorsqu'elles mettent de tels systèmes en place, les autorités réglementaires nationales devraient tenir compte des dispositions de l'article 8.* ». [considérant 136 de la directive (UE) 2018/1972]

25.3. Aux termes de l'article 2, sous g), de la directive-cadre, l'« *autorité réglementaire nationale* » s'entend de « *l'organisme ou des organismes chargés*

* Ndt : Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») (JO 2002, L 108, p. 7).

** Ndt : Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation ») (JO 2002, L 108, p. 21).

*** Ndt : Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») (JO 2002, L 108, p. 51).

par un État membre d'exercer les fonctions réglementaires prévues par la présente directive et les directives particulières ».

25.4. L'article 3 de la directive-cadre prévoit que « 1. Les États membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit effectuée par un organisme compétent. 2. Les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en veillant à ce qu'elles soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations qui fournissent des réseaux, des équipements ou des services de communications électroniques. Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises fournissant des réseaux et/ou des services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle totale et effective de la fonction de régulation et des activités liées à la propriété ou au contrôle. 3. Les États membres veillent à ce que leurs autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale, transparente et au moment opportun. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales disposent de ressources financières et humaines suffisantes pour mener à bien les tâches qui leur sont confiées. 3 bis. Sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5, les autorités réglementaires nationales chargées de la régulation ex ante du marché ou du règlement des litiges entre entreprises conformément aux articles 20 ou 21 de la présente directive agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun autre organisme lorsqu'elles s'acquittent des tâches qui leur incombent en vertu de la législation nationale mettant en œuvre le droit [de l'Union]. Cela n'exclut pas un contrôle en vertu du droit constitutionnel national. Seules les instances de recours établies conformément à l'article 4 ont le pouvoir de suspendre ou d'annuler les décisions prises par les autorités de régulation nationales. [...] » [voir également articles 5, 6, 8 et 9 de la directive (UE) 2018/1972]

25.5. Les paragraphes 3 et 3 bis de l'article 3 de la directive-cadre ont été insérés par la directive 2009/140, dont le considérant 13 relève qu'« [i]l convient de renforcer l'indépendance des autorités réglementaires nationales afin d'assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions. À cet effet, il y a lieu de prévoir, en droit national, une disposition expresse garantissant que, dans l'exercice de ses fonctions, une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises. Une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire. [...] » [considérant 37 de la directive (UE) 2018/1972]

25.6. L'article 8 de la directive-cadre énonce que « 1. Les États membres veillent à ce que, dans l'accomplissement des tâches réglementaires spécifiées dans la présente directive et dans les directives particulières, les autorités réglementaires

nationales prennent toutes les mesures raisonnables pour atteindre les objectifs énoncés aux paragraphes 2, 3 et 4. Ces mesures sont proportionnées à ces objectifs. Sauf disposition contraire de l'article 9 concernant les radiofréquences, les États membres tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation soit technologiquement neutre et veillent à ce que les autorités réglementaires nationales fassent de même dans l'accomplissement des tâches réglementaires spécifiées dans la présente directive et les directives particulières, en particulier celles qui visent à assurer une concurrence effective. Les autorités réglementaires nationales peuvent contribuer, dans le cadre de leurs compétences, à assurer la mise en œuvre des politiques visant à promouvoir la diversité culturelle et linguistique et le pluralisme des médias.

2. Les autorités réglementaires nationales favorisent la concurrence dans la fourniture de réseaux de communications électroniques, de services de communications électroniques et de ressources et services associés, notamment en :

- a) veillant à ce que les utilisateurs, y compris les utilisateurs handicapés, les utilisateurs âgés et les utilisateurs ayant des besoins sociaux spécifiques, tirent le meilleur parti possible en termes de choix, de prix et de qualité ;
- b) veillant à ce qu'il n'y ait pas de distorsion ou de restriction de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu ; [...]
- d) encourageant l'utilisation efficace des radiofréquences et des ressources de numérotation et en veillant à leur gestion efficace.

3. Les autorités réglementaires nationales contribuent au développement du marché intérieur, notamment

- a) en supprimant les obstacles qui subsistent à la fourniture de réseaux de communications électroniques, de ressources et de services associés et de services de communications électroniques au niveau européen ;
- b) en encourageant l'établissement et le développement de réseaux transeuropéens et l'interopérabilité des services paneuropéens et la connectivité de bout en bout ; [...]
- d) en coopérant entre elles, avec la Commission et l'ORECE pour assurer l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes et l'application cohérente de la présente directive et des directives particulières.

4. Les autorités réglementaires nationales promeuvent les intérêts des citoyens de l'Union, notamment

- a) en veillant à ce que tous les citoyens aient accès au service universel, comme le prévoit la directive 2002/22/CE (directive "service universel") ;
- b) en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs, notamment en garantissant des procédures de règlement des litiges simples et peu coûteuses, mises en œuvre par un organisme indépendant des parties concernées ;
- c) en contribuant à assurer un niveau élevé de protection des données à caractère personnel et de la vie privée ;
- d) en promouvant la fourniture d'informations claires, notamment en exigeant la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public ;
- e) en répondant aux besoins de groupes sociaux spécifiques, notamment les utilisateurs handicapés, les utilisateurs âgés et les utilisateurs ayant des besoins sociaux particuliers ;
- f) en veillant au maintien de l'intégrité et de la sécurité des réseaux de communications publics ;
- g) en promouvant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à la diffuser ou à utiliser les

applications et les services de leur choix. 5. Dans la poursuite des objectifs de programmation énoncés aux paragraphes 2, 3 et 4, les autorités réglementaires nationales appliquent des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, notamment a) en promouvant la prévisibilité réglementaire en garantissant une approche réglementaire cohérente au cours de périodes de révision appropriées ; b) en veillant à ce que, dans des circonstances similaires, il n’y ait pas de discrimination dans le traitement des entreprises fournissant des réseaux et des services de communications électroniques ; c) en préservant la concurrence au profit des consommateurs et en promouvant, le cas échéant, une concurrence fondée sur les infrastructures ; d) en promouvant des investissements efficaces et l’innovation dans des infrastructures nouvelles et améliorées, notamment en veillant à ce que toute obligation d’accès tienne dûment compte du risque encouru par les entreprises d’investissement et en autorisant divers accords de coopération entre les investisseurs et les demandeurs d’accès afin de diversifier le risque d’investissement, tout en veillant à ce que la concurrence sur le marché et le principe de non-discrimination soient sauvegardés ; e) en tenant dûment compte de la diversité des conditions de concurrence et de consommation dans les différentes zones géographiques du territoire d’un État membre ; f) en n’imposant des obligations réglementaires ex ante que lorsqu’il n’y a pas de concurrence effective et durable, et en les assouplissant ou en les supprimant dès que cette condition est remplie». [articles 5 et 6 de la directive (UE) 2018/1972]

25.7. L’article 9 de la directive-cadre est libellé en ces termes : « 1. En tenant dûment compte du fait que les radiofréquences sont un bien public ayant une valeur sociale, culturelle et économique importante, les États membres veillent à la gestion efficace des radiofréquences pour les services de communications électroniques sur leur territoire, conformément aux articles 8 et 8 bis. Ils veillent à ce que l’attribution du spectre pour les services de communications électroniques et l’octroi d’autorisations générales ou de droits individuels d’utilisation à cet effet par les autorités nationales compétentes soient fondés sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés. Lors de l’application du présent article, les États membres respectent les accords internationaux pertinents, y compris le règlement des radiocommunications de l’UIT, et peuvent tenir compte de considérations d’intérêt public. 2. Les États membres promeuvent l’harmonisation de l’utilisation des radiofréquences dans [l’Union], conformément à la nécessité d’en assurer une utilisation efficace et efficiente et à la recherche d’avantages pour le consommateur, tels que des économies d’échelle et l’interopérabilité des services. Dans ce contexte, les États membres agissent conformément à l’article 8 bis et à la décision n° 676/2002/CE (décision “spectre radioélectrique”). 3. Sauf disposition contraire du deuxième alinéa, les États membres veillent à ce que tous les types de technologie utilisés pour les services de communications électroniques dans leur plan national d’attribution des fréquences conformément au droit [de l’Union] puissent être utilisés dans les bandes de fréquences déclarées disponibles pour les services de communications électroniques. Les États membres peuvent toutefois prévoir des restrictions proportionnées et non discriminatoires aux types de technologies

d'accès sans fil ou de réseaux radioélectriques utilisés pour les services de communications électroniques, lorsque cela est nécessaire pour : a) éviter les brouillages préjudiciables ; b) protéger la santé publique contre les champs électromagnétiques ; c) garantir la qualité technique du service ; d) maximiser le partage des radiofréquences ; e) garantir l'utilisation efficace du spectre ; ou f) garantir la réalisation d'un objectif d'intérêt général conformément au paragraphe 4. 4. Sauf disposition contraire du deuxième alinéa, les États membres veillent à ce que tous les types de services de communications électroniques puissent être fournis dans les bandes de fréquences déclarées disponibles pour les services de communications électroniques dans leurs plans nationaux d'attribution des fréquences, conformément au droit [de l'Union]. Les États membres peuvent toutefois prévoir des restrictions proportionnées et non discriminatoires aux types de services de communications électroniques qui peuvent être fournis, y compris, le cas échéant, pour se conformer à une exigence du règlement des radiocommunications de l'UIT. Les mesures qui exigent qu'un service de communications électroniques soit fourni dans une bande de fréquences spécifique disponible pour les services de communications électroniques sont justifiées afin d'assurer la réalisation d'un objectif d'intérêt général défini par les États membres conformément au droit [de l'Union], tel que, sans s'y limiter : a) assurer la sécurité de la vie ; b) promouvoir la cohésion sociale, régionale ou territoriale ; c) éviter l'utilisation inefficace des radiofréquences ; ou d) promouvoir la diversité culturelle et linguistique et le pluralisme des médias, par exemple par la fourniture de services de radiodiffusion ou de télédiffusion. Une mesure interdisant la fourniture de tout autre service de communications électroniques dans une bande de fréquences spécifique ne peut être envisagée que si elle est justifiée par la nécessité de protéger les services de sauvegarde de la vie. Les États membres peuvent aussi, à titre exceptionnel, étendre une telle mesure afin d'atteindre d'autres objectifs d'intérêt général définis par les États membres conformément au droit [de l'Union]. 5. Les États membres réexaminent périodiquement la nécessité des restrictions visées aux paragraphes 3 et 4 et rendent publics les résultats de ces réexamens. 6. Les paragraphes 3 et 4 s'appliquent au spectre attribué aux fins des services de communications électroniques ainsi qu'aux autorisations générales et aux droits individuels d'utilisation des radiofréquences accordés après le 25 mai 2011. Les dispositions de l'article 9 bis s'appliquent aux attributions de fréquences, aux autorisations générales et aux droits individuels d'utilisation existant au 25 mai 2011. 7. Sans préjudice des dispositions des directives particulières et compte tenu des circonstances nationales pertinentes, les États membres peuvent établir des règles visant à prévenir la thésaurisation du spectre, notamment en fixant des délais stricts pour l'exploitation effective des droits d'utilisation par le titulaire des droits et en appliquant des sanctions, y compris des sanctions financières ou le retrait des droits d'utilisation, en cas de non-respect des délais. Ces règles sont établies et appliquées de manière proportionnée, transparente et non discriminatoire ». [article 45 de la directive (UE) 2018/1972]

26. Le considérant 11 de la décision 2017/899 indique que « [l]e partage du spectre dans une bande de fréquences commune entre le haut débit sans fil

bidirectionnel destiné à être utilisé dans des zones étendues (sur la liaison montante et descendante), d'une part, et la radiodiffusion télévisuelle unidirectionnelle ou les équipements PMSE audio sans fil, d'autre part, est problématique d'un point de vue technique si leurs zones de couverture se chevauchent ou sont proches l'une de l'autre. Cela signifie que la réattribution de la bande de fréquences 700 MHz aux services de communication électronique bidirectionnelle terrestre sans fil à large bande priverait les utilisateurs de la TNT et des équipements PMSE audio sans fil d'une partie de leurs ressources spectrales. Les secteurs de la TNT et du PMSE ont donc besoin d'une prévisibilité réglementaire à long terme en ce qui concerne la disponibilité d'un spectre suffisant pour pouvoir assurer la fourniture et le développement durables de leurs services, en particulier des services de télévision en clair, tout en garantissant un environnement approprié pour les investissements afin d'atteindre les objectifs de la politique audiovisuelle de l'Union et des États membres, tels que la cohésion sociale, le pluralisme des médias et la diversité culturelle. Des mesures de l'Union et des mesures nationales peuvent être nécessaires pour obtenir des ressources de spectre supplémentaires, en dehors de la bande de fréquences 470-790 MHz, pour les équipements audio sans fil PMSE ».

26.1 Le considérant 20 de la décision 2017/899 relève que « [l]es États membres devraient adopter des feuilles de route nationales cohérentes afin de faciliter l'utilisation de la bande de fréquences 700 MHz pour les services de communications électroniques terrestres sans fil à large bande, tout en assurant la continuité des services de radiodiffusion télévisuelle qui libèrent la bande de fréquences. Une fois ces feuilles de route nationales établies, les États membres devraient les mettre à disposition de manière transparente dans l'ensemble de l'Union. Les feuilles de route nationales devraient couvrir les activités et les délais envisagés pour la replanification des fréquences, l'évolution technique du réseau et des équipements des utilisateurs finaux, la coexistence des équipements radio et non radio, les régimes d'autorisation existants et nouveaux, les mécanismes visant à éviter les brouillages préjudiciables aux utilisateurs du spectre dans les bandes adjacentes, ainsi que des informations sur la possibilité de compenser les coûts de migration, le cas échéant, afin d'éviter, entre autres, des coûts pour les utilisateurs finaux ou les radiodiffuseurs. Si les États membres ont l'intention de maintenir la TNT, ils devraient envisager, dans leurs feuilles de route nationales, la possibilité de faciliter la mise à niveau des équipements de transmission et leur transition vers des technologies qui utilisent le spectre de manière plus efficace, telles que les formats vidéo (par exemple HEVC) ou les technologies avancées de transmission des signaux (par exemple DVB-T2) ».

D.1.2. DISPOSITIONS DU DROIT NATIONAL APPLICABLES

27. L'article 1^{er}, paragraphe 1030, de la loi n° 205/2017, tel que modifié par l'article 1^{er}, paragraphe 1103, de la loi n° 145/2018, dispose qu'« [a]u plus tard le 31 mai 2018, l'[AGCOM] adopte le plan national d'attribution des fréquences pour le service de radiodiffusion télévisuelle numérique terrestre, connu sous le nom de PNAF, en tenant compte des codages ou des normes plus avancées pour

permettre une utilisation plus efficace du spectre et en utilisant pour la planification au niveau local le critère des zones techniques. Au plus tard le 31 janvier 2019, l'[AGCOM] actualise le PNAF visé dans la phrase précédente. Afin d'exclure le brouillage avec les pays radioélectriquement voisins, dans chaque zone de coordination définie par les accords internationaux passés par le [MiSE] et les autorités des États voisins en application de la décision (UE) 2017/899, du 17 mai 2017, visée au paragraphe 1026, seules les fréquences attribuées à l'Italie par ces mêmes accords font l'objet d'une planification ». [OMISSIS] [Défaut de pertinence ici des précisions complémentaires sur la disponibilité des fréquences]

27.1. L'article 1^{er}, paragraphe 1031, de la loi n° 205/2017, tel que modifié par l'article 1^{er}, paragraphe 1104, de la loi n° 145/2018, dispose que « [c]onformément aux objectifs de la politique audiovisuelle européenne et nationale de cohésion sociale, de pluralisme des moyens de communication et de diversité culturelle, et dans le but de gérer le spectre de la manière la plus efficace possible à l'aide des technologies plus avancées, toutes les fréquences affectées au niveau national et local au service de télévision numérique terrestre et attribuées dans la bande III VHF et 470-694 MHz sont libérées selon le calendrier visé au paragraphe 1032. Aux mêmes fins que celles visées dans la première phrase, les droits d'utilisation des fréquences détenus à la date d'entrée en vigueur de la présente loi par les opérateurs de réseaux nationaux sont convertis en droits d'utilisation de la capacité de transmission dans les multiplex nationaux de nouvelle conception en technologie DVB-T2, conformément aux critères définis par [l'AGCOM] le 31 mars 2019 au plus tard, aux fins de l'attribution des droits d'utilisation des fréquences. [L'AGCOM] définit, pour le 31 mars 2019, les critères d'attribution, au niveau national, aux opérateurs de réseaux nationaux des droits d'utilisation des fréquences [dans la bande 470-694 MHz UHF] visées au paragraphe 1030 pour le service de télévision numérique terrestre, en tenant compte de la nécessité de limiter les éventuels coûts de transformation et de mise en œuvre des réseaux, de réduire la durée de la période transitoire visée au paragraphe 1032 et de minimiser les coûts et l'incidence sur les utilisateurs finals. Le 30 juin 2019 au plus tard, le [MiSE] délivre aux opérateurs de réseaux nationaux les droits d'utilisation des fréquences visées à la troisième phrase, sur la base des critères définis par [L'AGCOM] au sens de la même phrase. [L'AGCOM] définit en fonction des coûts les modalités et conditions financières selon lesquelles le concessionnaire du service public dans le multiplex contenant l'information régionale est tenu de céder une part de la capacité de transmission attribuée, non inférieure à un programme en tout état de cause, pendant la période transitoire, en faveur de chacun des exploitants opérant légalement au niveau local en qualité de titulaire des droits d'utilisation des canaux CH 51 et 53 à la date d'entrée en vigueur de la présente disposition et qui libèrent les droits d'utilisation respectifs pendant la période transitoire conformément au paragraphe 1032 ».

27.2. L'article 1^{er}, paragraphe 1031 bis, de la loi n° 205/2017, inséré par l'article 1^{er}, paragraphe 1105, de la loi n° 145, du 30 décembre 2018, prévoit :

« [l]’attribution de la capacité de transmission supplémentaire disponible au niveau national et des fréquences terrestres, en sus de celles destinées à la conversion des droits d’utilisation visés au paragraphe 1031 et prévues par [l’AGCOM] dans le PNAF, à affecter au service de télévision numérique terrestre pour les opérateurs de réseaux nationaux et le concessionnaire du service public de radio, de télévision et multimédia, est effectuée par procédure à titre onéreux sans relance concurrentielle, ouverte pour le 30 novembre 2019 par le [MiSE], en application des procédures établies pour le 30 septembre 2019 par [l’AGCOM] en vertu de l’article 29 du code des communications électroniques, visé par le décret législatif n° 259, du 1^{er} août 2003, sur la base des principes et critères suivants : a) attribuer la capacité de transmission et les fréquences sur la base de lots d’une taille égale à la moitié d’un multiplex ; b) déterminer une valeur minimale des offres sur la base des valeurs de marché constatées par [l’AGCOM] ; c) prendre en considération la valeur des offres financières présentées ; d) garantir la continuité du service, la rapidité de la transition technologique ainsi que la qualité des infrastructures technologiques mises à disposition par les exploitants de réseaux nationaux opérant dans le secteur, y compris le concessionnaire du service public de radio, de télévision et multimédia ; e) valoriser les expériences acquises par les opérateurs de réseaux nationaux dans le secteur, s’agissant, en particulier, de la mise en œuvre de réseaux de radiodiffusion numérique ; f) valoriser la capacité structurelle à garantir l’efficacité du spectre, le professionnalisme et les compétences acquises dans le secteur, l’innovation technologique et l’exploitation optimale, efficace et ponctuelle de la capacité de transmission et des fréquences supplémentaires ; g) garantir la meilleure valorisation du spectre, en tenant compte de la diffusion actuelle de contenus de bonne qualité en technologie de télévision numérique terrestre à la plus grande majorité possible de la population italienne. Le ministre de l’Économie et des Finances est habilité à pourvoir, par décrets, à la réattribution des recettes, versées sur un chapitre spécifique des recettes du budget de l’État, sur des chapitres de dépenses spécifiques du budget du [MiSE], aux fins des interventions visant à encourager l’achat d’équipements de réception télévisuelle visés au paragraphe 1039, sous c), dans le respect du principe de neutralité technologique, et à favoriser l’expérimentation de nouvelles technologies télévisuelles, selon des modalités de fonctionnement et de versement fixées par arrêté du [MiSE], en accord avec le ministre de l’Économie et des Finances ».

D.1.3. QUESTION POSÉE À LA COUR

28. La question sous examen porte sur la conformité au droit [de l’Union] du facteur de conversion déterminé par l’AGCOM et, en général, de l’ensemble du mécanisme déterminant la capacité de transmission attribuée aux opérateurs déjà présents sur le marché et de la capacité attribuée par la procédure à titre onéreux visée à l’article 1^{er}, paragraphe 1031 bis, de la loi n° 205/2017. En particulier, la question est centrée sur la conformité au droit de l’Union du mécanisme prévu au

regard des principes d'indépendance, d'autonomie et de la neutralité de l'ARN et de ses décisions.

29. La chambre relève que la question du critère de conversion des multiplex lors du passage de la technologie DVB-T à la technologie DVB-T2 a fait l'objet d'une instruction spécifique approfondie. En effet, le Consiglio di Stato a demandé à l'AGCOM de préciser quelle avait été l'évaluation technique ayant conclu à un critère de conversion des multiplex de 0,5, lors du passage de la technologie DVB-T à la technologie DVB-T2.

29.1. L'AGCOM a souligné que « les évaluations techniques réalisées par [l'AGCOM] pour déterminer le critère de conversion des multiplex lors du passage du mode DVB-T au mode DVBT-2 (conformément à la décision 129/19/CONS20) s'inspirent du cadre des objectifs et des règles définis par le législateur national pour réguler l'ensemble du processus de redéploiement du système de radiodiffusion télévisuel national et local, dans la bande demeurée disponible pour la radiodiffusion à la suite de l'affectation des fréquences 700 MHz (694-790 MHz) aux services de communication électronique à haut débit sans fil (en application de la décision 2017/899 du Parlement européen et du Conseil, du 17 mai 2017), ce qu'il est convenu d'appeler la reconfiguration de la bande 700 MHz ». L'AGCOM s'est donc référée au critère dicté par l'article 1^{er}, paragraphe 1031, de la loi n° 205/2017, qui a introduit la notion de « droit d'utilisation de la capacité de transmission », en disposant que « les droits d'utilisation des fréquences détenus à la date d'entrée en vigueur de la présente loi par les opérateurs de réseaux nationaux sont convertis en droits d'utilisation de la capacité de transmission dans les multiplex nationaux de nouvelle conception en technologie DVB-T2, selon les critères définis par l'[AGCOM] aux fins de l'attribution des droits d'utilisation des fréquences ». Le législateur s'est donc référé à une notion qui « n'est toutefois pas directement reflétée dans le cadre législatif et réglementaire en vigueur au niveau de l'Union ou au niveau national. Il s'agirait, en outre, d'un bien juridique différent du "droit d'utilisation des radiofréquences", dont la réglementation est bien précisée par le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communication électronique et transposée en droit national par le code des communications électroniques ». En tout état de cause, l'AGCOM estime que les dispositions de la loi n° 205/2017 « sont cohérentes avec le cadre général de la législation sectorielle, où la conversion des "droits d'utilisation des fréquences" en "droits d'utilisation de la capacité de transmission" est conçue comme une simple étape intermédiaire du processus plus large de conversion des "droits d'utilisation des fréquences DVB-T" sur les réseaux nationaux prévus avant la reconfiguration (qui, comme indiqué dans la réponse à la question précédente, étaient au nombre de 20), en "droits d'utilisation des fréquences DVB-T2" sur les réseaux nationaux prévus en aval de la reconfiguration (au nombre de 12) ». Tenant donc compte de la « capacité de transmission », l'AGCOM a ensuite retracé le cheminement technique suivi pour déterminer la conversion, en précisant que :

i) « concrètement, les performances (en termes de capacité de transmission) des multiplex, tant en exploitation (DVB-T) que de nouvelle génération (DVB-T2),

sont différentes, ou pourraient l'être (puisque, comme indiqué, l'utilisation de la variante du système dépend des choix individuels de chaque opérateur) » et, par conséquent, il était impossible d'« utiliser, aux fins de la conversion des droits d'utilisation des fréquences attribuées aux opérateurs nationaux un critère prenant comme référence la capacité de transmission effectivement exploitée par ceux-ci, car cela aurait conduit à définir non pas un critère unique de conversion du système, mais différents facteurs, respectivement applicables à chaque réseau des différents opérateurs, de nature à produire des résultats ingérables en termes d'attribution concrète des nouveaux réseaux DVB-T2 et de la capacité de transmission correspondante » ; ii) il a été élaboré un scénario envisageant une seule valeur de capacité de transmission nominale pour tous les opérateurs et correspondant à celle utilisée comme référence par l'AGCOM dans l'élaboration des plans nationaux d'attribution des fréquences, mais, « même dans cette hypothèse (qui postule des valeurs de capacité de transmission égales pour tous, déterminées par voie conventionnelle), il n'a pas été possible de définir un facteur purement "technique" (c'est-à-dire mathématique) de conversion d'application générale, permettant l'attribution des droits d'utilisation des fréquences pour les nouveaux multiplex DVB-T2, dès lors que, un multiplex DVB-T assurant une capacité de transmission de 20 Mbit/s (conventionnelle à partir du PNAF 2010), alors qu'un multiplex DVB-T2 assure une capacité de transmission de 37 Mbit/s (conventionnelle à partir du PNAF 2019), le facteur de conversion mathématique correspondant aurait été de 0,54 » ; iii) il n'a pas été possible d'adopter un facteur de conversion de 0,6, dans la mesure où il n'était pas compatible avec la loi n° 205/2017 (soulignement ajouté). En effet, « il aurait fallu affecter au processus de conversion l'ensemble des 12 nouveaux réseaux DVB-T2 prévus dans le PNAF 2019, de sorte qu'il ne serait resté aucun réseau ni aucune capacité de transmission correspondante susceptible d'être affectée à la procédure à titre onéreux prévue par le paragraphe 1031 bis » ; iv) en outre, le « facteur de conversion proposé de 0,6 aurait produit des résultats pratiques susceptibles de fractionner la capacité de transmission entre certains opérateurs, ce qui aurait été difficile à mettre en œuvre en termes aussi bien d'attribution concrète sur les différents multiplex que de possibilité réelle de gestion de ces mêmes multiplex. En effet, compte tenu de la répartition initiale des 20 réseaux DVB-T entre les 8 opérateurs déjà existants dans le scénario pré-reconfiguration (trois opérateurs exploitant 5 réseaux de transmission, tandis que les 5 autres exploitaient 1 réseau chacun), l'application du critère de conversion de 0,6 aurait valu aux opérateurs titulaires d'un seul droit d'utilisation un fractionnement de leur capacité de transmission correspondante sur les nouveaux réseaux, ce qui aurait même impliqué l'attribution d'un multiplex à pas moins de trois entités différentes (détenant, respectivement, 20 %, 60 % et, enfin, les 20 % résiduels de la capacité de transmission correspondante) et l'attribution de la capacité de transmission disponible pour deux opérateurs sur plusieurs multiplex (qui auraient donc détenu 20 % de la capacité de transmission d'un multiplex et 40 % de la capacité de transmission d'un autre multiplex) » ; v) « même en ce qui concerne l'opportunité (relevée par certains intervenants au stade de la consultation publique) de prendre en compte le gain résultant de l'adoption de codes de source avancés

(MPEG-4 et HEVC) aux fins de la définition du critère de conversion entre réseaux DVB-T et nouveaux réseaux DVB-T2, il convient d'observer qu'à l'article 1^{er}, paragraphe 1031, de la loi de finances 2018, le législateur s'est référé, en définissant la procédure de conversion, à la "capacité de transmission" pour établir une sorte d'"équivalence" entre les réseaux DVB-T actuels et les nouveaux réseaux DVB-T2, sans aucune considération ni précision quant au nombre de programmes actuellement transportés ou à ceux susceptibles d'être transportés sur les nouveaux réseaux ».

29.2. L'AGCOM considère en substance que « les facteurs de conversion dont il est question (y compris le facteur mathématique, égal à 0,54, établi par [l'AGCOM] sur la base du rapport entre la capacité de transmission des multiplex en DVB-T et celle des multiplex en DVB-T2) n'auraient pas été non plus compatibles avec les choix opérés par le législateur dans la loi de finances 2019 au titre des modalités d'attribution des "capacités de transmission supplémentaires disponibles au niveau national et des fréquences terrestres, supplémentaires par rapport à celles destinées à la conversion des droits d'utilisation [...]» au titre du paragraphe 1031 bis précité, étant donné que cette disposition, en prévoyant le déroulement d'une procédure à titre onéreux d'attribution des capacités supplémentaires et des fréquences correspondantes, a prévu, au titre des principes et des critères auxquels l'AGCOM devait se conformer en établissant la réglementation, que les lots concernés devaient avoir "une taille égale à la moitié d'un multiplex" ».

29.3. Cette disposition particulière ne pouvait que se justifier, dans l'optique de l'AGCOM, par l'intention du législateur de créer un « lien fonctionnel » entre les deux procédures distinctes et autonomes d'attribution des droits d'utilisation (d'une part, la procédure de conversion prévue par la décision 129/19/CONS, portant attribution des droits d'utilisation pour les réseaux DVB-T2 par conversion des droits d'utilisation déjà détenus pour les réseaux DVB-T et, d'autre part, la procédure d'attribution à titre onéreux des fréquences supplémentaires visée par la décision 564/20/CONS), donnant ainsi aussi bien aux opérateurs multi-réseaux (qui, à la suite de la conversion, seraient titulaires de droits d'utilisation de capacités de transmission pour 2,5 multiplex DVB-T2) qu'aux opérateurs mono-réseaux (qui, à la suite de la conversion, seraient titulaires de droits d'utilisation de la capacité de transmission pour un demi-multiplex DVB-T2) la possibilité de « compléter » le demi-« droit manquant » au moyen de lots relevant de la procédure à titre onéreux, au lieu de recourir obligatoirement au mécanisme des accords volontaires.

30. Les considérations exposées par l'AGCOM montrent combien l'examen de l'ARN a été sensiblement influencé par les dispositions de la loi n° 205/2017. En effet, si l'Autorité nationale a bien exposé les difficultés techniques posées par la définition du facteur de conversion dans le rapport déposé conformément à l'ordonnance d'instruction, elle a également souligné l'obligation de prendre en compte les prescriptions de l'article 1^{er}, paragraphe 1031 bis de la loi de finances 2019, lequel a été considéré « comme une sorte de "dividende externe" »

pour le secteur national, définissant cette “capacité de transmission supplémentaire disponible au niveau national” qu’au paragraphe 1031 bis précité, le législateur a qualifié de capacité à affecter au marché par la voie de procédures ouvertes et non discriminatoires » (point 19 du rapport de l’ARN). Ainsi, la définition d’un facteur de conversion qui aurait dû être purement technique a été influencée par le choix du législateur, qui est manifestement l’expression d’une option politique.

31. La chambre doute toutefois que l’incidence substantielle exercée par une décision politique du législateur national sur les choix de l’AGCOM puisse être considérée comme conforme au droit [de l’Union], en particulier, à ses principes et normes applicables à l’indépendance de l’ARN. En effet, il convient de relever que le considérant 11 de la directive 2002/21/CE, puis le considérant 34 de la directive (UE) 2018/1972, ont souligné la nécessité d’assurer la « *séparation des fonctions de régulation et d’exploitation* », et de préserver, par conséquent, l’indépendance des ARN et leur autonomie décisionnelle. En outre, l’article 3 de la directive-cadre a imposé aux États membres l’obligation de garantir l’indépendance des ARN et de leur permettre d’agir de manière impartiale, transparente et au moment opportun [voir, en outre, les articles 5, 6, 8 et 9 de la directive (UE) 2018/1972]. Ce principe a été renforcé par l’introduction des dispositions de l’article 3, paragraphes 3 et 3 bis, de la directive-cadre par la directive 2009/140, dont le considérant 13 a consacré la nécessité de renforcer l’indépendance des [ARN], afin d’assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d’accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions.

32. Le Consiglio di Stato a déjà déduit de ces dispositions l’existence d’une réserve d’administration indépendante destinée à garantir aux ARN un domaine réglementaire soustrait à l’intervention des autorités politiques, précisément pour assurer l’indépendance de la fonction, la régularité et la prévisibilité des décisions correspondantes (arrêt n° 5929 du Consiglio di Stato, troisième chambre, du 16 octobre 2018).

33. Le Consiglio di Stato a souligné par ailleurs que « *les autorités indépendantes exercent des fonctions de réglementation de secteurs donnés de la vie économique grâce à l’attribution de pouvoirs réglementaires, administratifs et judiciaires* » et que « *l’expérience technique et la neutralité protègent les secteurs économiques réglementés contre toute ingérence politique, chaque fois que le législateur décide d’instituer une autorité de réglementation relevant de la catégorie des services administratifs indépendants* ». [OMISSIS]

34. Les conclusions du Consiglio di Stato sont conformes aux considérations déjà formulées par la Cour de justice. [OMISSIS]

35. La chambre se demande donc si le droit [de l’Union] ne s’oppose pas à une réglementation telle que celle édictée à l’article 1^{er}, paragraphes 1031 et 1031 bis, de la loi n° 205/2017, dans l’interprétation et l’application qu’en a faites l’ARN. En effet, il n’est pas douteux que l’interprétation et l’application d’une telle

réglementation ont, en premier lieu, détourné des ressources de la conversion au profit de la procédure à titre onéreux. Or, le législateur a ainsi restreint la marge d'appréciation de l'AGCOM, en introduisant en définitive un élément essentiel dans les modalités de la définition par l'AGCOM du critère de conversion et, en substance, du nombre de réseaux à affecter à la conversion.

36. Des considérations similaires s'appliquent aux critères et principes posés directement par la réglementation nationale. En effet, celle-ci a soumis en tout état de cause la procédure à titre onéreux à des critères et à des principes qu'il aurait appartenu à l'Autorité de déterminer, vu les exigences de son autonomie et de son indépendance. En particulier, le législateur a posé les critères et principes suivants : « a) attribuer la capacité de transmission et les fréquences sur la base de lots d'une taille égale à la moitié d'un multiplex ; b) déterminer une valeur minimale des offres sur la base des valeurs de marché constatées par l'Autorité ; c) prendre en considération la valeur des offres financières présentées ; d) garantir la continuité du service, la rapidité de la transition technologique ainsi que la qualité des infrastructures technologiques mises à disposition par les exploitants de réseaux nationaux opérant dans le secteur, y compris le concessionnaire du service public de radio, de télévision et multimédia ; e) valoriser les expériences acquises par les opérateurs de réseaux nationaux dans le secteur, s'agissant, en particulier, de la mise en œuvre de réseaux de radiodiffusion numérique ; f) valoriser la capacité structurelle à garantir l'efficacité du spectre, le professionnalisme et les compétences acquises dans le secteur, l'innovation technologique et l'exploitation optimale, efficace et ponctuelle de la capacité de transmission et des fréquences supplémentaires ; g) garantir la meilleure valorisation du spectre, en tenant compte de la diffusion actuelle de contenus de bonne qualité en technologie de télévision numérique terrestre à la plus grande majorité possible de la population italienne ».

36.1. Le législateur national a ainsi défini à la fois la taille des lots et les règles de la procédure et cantonné à ces critères la marge d'appréciation et les décisions discrétionnaires de l'autorité réglementaire, en permettant, en outre, la participation des opérateurs historiques dominant le marché, par un choix traduisant clairement une ligne « politique » et non technique. Des limites ont été ainsi imposées à la mission de l'AGCOM, fondée sur l'expertise technique et la neutralité des décisions de l'ARN de façon à assurer que les secteurs économiques soient protégés des ingérences politiques et à éviter que le marché soit défini selon des critères instables tributaires des orientations fluctuantes des majorités politiques. En restreignant la marge d'appréciation de l'AGCOM, la réglementation en cause introduit des éléments étrangers au marché concurrentiel, en limitant, à l'évidence, ce que la doctrine italienne autorisée qualifie de mission première de la fonction régulatrice des autorités administratives indépendantes, à savoir la création d'une « démocratie économique » mise en œuvre par l'égalité d'accès à la concurrence au sein du marché concurrentiel. La chambre estime que cette faculté a été affectée en l'espèce aussi bien par l'impact de la décision politico-législative sur la définition du facteur de conversion que par les critères-principes dictés pour la conversion/attribution et pour la procédure à titre

onéreux, ce qui traduit également un choix étranger aux constatations neutres de l'AGCOM, et prohibé, pour cette raison, par les normes et principes exposés [du droit de l'Union]. En préservant l'autonomie décisionnelle de l'ARN, ces normes et principes visent à atteindre cette « *démocratie économique* », qui sert le pluralisme dans le marché en cause, et, par conséquent, une notion plus large et plus globale de la démocratie, comme exposé dans les pages précédentes.

D.2. DEUXIÈME QUESTION, CONCERNANT LES ARTICLES 8 ET 9 DE LA DIRECTIVE-CADRE, LES ARTICLES 3, 5, 7, ET 14 DE LA DIRECTIVE « AUTORISATION », LES ARTICLES 3 ET 4 DE LA DIRECTIVE « CONCURRENCE », LES CONSIDÉRANTS 11 ET 20 DE LA DÉCISION (UE) 2017/899, LES PRINCIPES D'ÉQUITÉ, DE NON-DISCRIMINATION, DE PROTECTION DE LA CONCURRENCE ET DE LA CONFIANCE LÉGITIME, AINSI QUE LA CONFORMITÉ DE LA RÉGLEMENTATION NATIONALE À CES CONSIDÉRANTS ET PRINCIPES

37. [OMISSIS] [Exposé anticipé, selon une formulation différente, mais identique en substance au libellé de la question préjudicielle présentée au point 86 ci-dessous]

D.2.1. DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT DE L'UNION

38. Sont pertinents, aux fins de l'examen de la présente question, les articles 8 et 9 de la directive-cadre [reproduits précédemment aux points 25.6 e 25.7 de la présente ordonnance, auxquels il est renvoyé pour éviter d'inutiles répétitions], ainsi que les considérants 11 et 20 de la décision 2017/899 [voir points 26 et 26.1, auxquels il est également renvoyé]. Les dispositions reproduites ci-dessous sont également pertinentes.

39. Selon le considérant 11 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation ») « *[i]l peut être nécessaire de continuer d'octroyer des droits spécifiques pour utiliser les radiofréquences et les numéros, y compris les codes courts, des plans de numérotation nationaux. [...]. Ces droits d'utilisation ne devraient pas être limités, sauf si cette limitation est inévitable parce qu'il y a pénurie de radiofréquences et que celles-ci doivent être utilisées de manière efficace* ».

39.1. Le considérant 23 de la directive « autorisation » précise que « *[l]es autorités réglementaires nationales veillent, lorsqu'elles arrêtent les critères applicables aux procédures de sélection concurrentielles ou comparatives, à ce que les objectifs définis à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) soient atteints. Dès lors, l'application de critères de sélection objectifs, non discriminatoires et proportionnés destinés à encourager le développement de la concurrence, qui aurait pour effet d'exclure certaines entreprises d'une procédure de sélection concurrentielle ou comparative portant sur une radiofréquence particulière, ne contreviendrait pas à la présente directive* » [considérant 136 de la directive (UE) 2018/1972].

39.2. L'article 3 de la directive « autorisation » dispose que « 1 Les États membres garantissent la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques, sous réserve des conditions fixées dans la présente directive. À cette fin, les États membres n'empêchent pas une entreprise de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques, sauf pour les raisons visées à l'article. [52, paragraphe 1, TFUE]. 2. La fourniture de réseaux de communications électroniques ou la fourniture de services de communications électroniques ne peut faire l'objet, sans préjudice des obligations spécifiques visées à l'article 6, paragraphe 2, ou des droits d'utilisation visés à l'article 5, que d'une autorisation générale. L'entreprise concernée peut être invitée à soumettre une notification, mais ne peut être tenue d'obtenir une décision expresse ou tout autre acte administratif de l'[ARN] avant d'exercer les droits découlant de l'autorisation. Après notification, s'il y a lieu, une entreprise peut commencer son activité, sous réserve, le cas échéant, des dispositions applicables aux droits d'utilisation visées aux articles 5, 6 et 7. [...] » [article 12 de la directive (UE) 2018/1972].

39.3. L'article 5 de la directive « autorisation » prévoit que « 1. Les États membres facilitent l'utilisation des radiofréquences en vertu d'autorisations générales. Le cas échéant, les États membres peuvent octroyer des droits individuels pour : éviter le brouillage préjudiciable, assurer la qualité technique du service, préserver l'efficacité de l'utilisation du spectre, ou réaliser d'autres objectifs d'intérêt général définis par les États membres conformément à la législation [de l'Union]. 2. Lorsqu'il est nécessaire d'octroyer des droits individuels d'utilisation des radiofréquences et des numéros, les États membres les octroient, sur demande, à toute entreprise pour la fourniture de réseaux ou de services dans le cadre de l'autorisation générale visée à l'article 3, sous réserve des dispositions des articles 6 et 7 et de l'article 11, paragraphe 1, point c), de la présente directive, et de toute autre règle garantissant l'emploi efficace de ces ressources, conformément à la directive 2002/21/CE (directive-cadre). Sans préjudice des critères et procédures particuliers adoptés par les États membres pour octroyer le droit d'utilisation des radiofréquences à des fournisseurs de services de contenus de radio ou de télédiffusion en vue de poursuivre des objectifs d'intérêt général conformément à la législation [de l'Union], les droits d'utilisation de radiofréquences et de numéros sont octroyés par le biais de procédures ouvertes, objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées et, dans le cas des radiofréquences, conformément aux dispositions de l'article 9 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre). Les procédures peuvent, exceptionnellement, ne pas être ouvertes lorsque l'octroi de droits individuels d'utilisation de radiofréquences aux fournisseurs de services de contenus de radio ou de télédiffusion est nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général défini par les États membres conformément à la législation [de l'Union]. Lorsqu'ils octroient des droits d'utilisation, les États membres précisent si ces droits peuvent être cédés par leur titulaire, et à quelles conditions. Dans le cas des radiofréquences, cette disposition est conforme aux articles 9 et 9 ter de la directive 2002/21/CE (directive-cadre). Lorsque les États membres octroient des droits d'utilisation pour une durée limitée, celle-ci est adaptée au service

concerné eu égard à l'objectif poursuivi, en tenant dûment compte de la nécessité de prévoir une période appropriée pour l'amortissement de l'investissement. Lorsque des droits individuels d'utilisation de radiofréquences sont accordés pour au moins dix ans et qu'ils ne peuvent être cédés ou loués à une autre entreprise comme le permet l'article 9 ter de la directive 2002/21/CE (« directive-cadre »), l'autorité nationale compétente veille à ce que les critères d'octroi de ces droits individuels d'utilisation continuent à s'appliquer et à être respectés pour la durée de la licence, notamment sur demande justifiée du titulaire du droit. Si ces critères ne s'appliquent plus, le droit individuel d'utilisation est transformé en autorisation générale d'utilisation des radiofréquences, sous réserve d'un préavis et après expiration d'un délai raisonnable, ou en droit librement cessible ou louable à d'autres entreprises, conformément à l'article 9 ter de la directive 2002/21/CE (directive-cadre). 3. Les décisions concernant l'octroi des droits d'utilisation sont prises, communiquées et rendues publiques dès que possible, après réception de la demande complète par l'autorité réglementaire nationale, dans les trois semaines dans le cas des numéros qui ont été attribués à des fins spécifiques dans le cadre du plan national de numérotation et dans les six semaines dans le cas des radiofréquences qui ont été attribuées à des fins d'utilisation par les services de communications électroniques dans le cadre du plan national de fréquences. Ce dernier délai s'entend sans préjudice de tout accord international applicable en matière d'utilisation des radiofréquences ou des positions orbitales. 4. Lorsqu'il a été décidé, après consultation des parties intéressées conformément à l'article 6 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), que les droits d'utilisation de numéros ayant une valeur économique particulière doivent être octroyés via des procédures de sélection concurrentielles ou comparatives, les États membres peuvent prolonger la période maximum de trois semaines d'une autre période de trois semaines au maximum. L'article 7 s'applique aux procédures de sélection concurrentielles ou comparatives pour les radiofréquences. 5. Les États membres ne limitent le nombre des droits d'utilisation à octroyer que dans la mesure qui se révèle nécessaire pour garantir l'emploi efficace des radiofréquences conformément à l'article 7. 6. Les autorités nationales compétentes veillent à ce que les radiofréquences soient effectivement et efficacement utilisées conformément à l'article 8, paragraphe 2, et à l'article 9, paragraphe 2, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre). Elles veillent aussi à ce que la concurrence ne soit pas faussée du fait d'une cession ou de l'accumulation de droits d'utilisation de radiofréquences. À cet effet, les États membres peuvent prendre des mesures appropriées comme l'obligation de vente ou de location des droits d'utilisation de radiofréquences ». [article 48 de la directive (UE) 2018/1972 *]

39.4. Aux termes de l'article 7 de la directive « autorisation », « 1. Lorsqu'un État membre examine s'il convient de limiter le nombre de droits d'utilisation des radiofréquences à octroyer, ou de proroger des droits existants selon des

* Ndt : Voir article 3, point 3, de la directive 2009/140/CE.

modalités autres que celles prévues par lesdits droits, il doit notamment :

a) prendre dûment en considération la nécessité d'apporter un maximum d'avantages aux utilisateurs et de stimuler la concurrence ; b) donner à toutes les parties intéressées, dont les utilisateurs et les consommateurs, la possibilité d'exprimer leur point de vue sur une limitation éventuelle, conformément à l'article 6 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) ; c) rendre publique et motiver toute décision visant à limiter l'octroi ou le renouvellement de droits d'utilisation ; d) après avoir déterminé la procédure, lancer un appel à candidatures pour l'octroi de droits d'utilisation, et e) réexaminer la limitation à intervalles raisonnables ou à la demande des entreprises concernées, pour autant que celle-ci soit raisonnable.

2. Lorsqu'un État membre conclut que des droits d'utilisation de radiofréquences supplémentaires peuvent être accordés, il rend publique cette conclusion et lance un appel à candidatures pour l'octroi de ces droits.

3. Lorsque l'octroi des droits d'utilisation de radiofréquences doit être limité, les États membres accordent ces droits sur la base de critères de sélection objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés. Ces critères de sélection doivent dûment prendre en considération la réalisation des objectifs de l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre") ainsi que les exigences de l'article 9 de cette directive.

4. En cas de procédures de sélection concurrentielles ou comparatives, les États membres peuvent prolonger autant que nécessaire la période maximale de six semaines visée à l'article 5, paragraphe 3, afin de garantir que ces procédures sont équitables, rationnelles, ouvertes et transparentes pour toutes les parties intéressées, sans toutefois dépasser huit mois. Ces délais s'entendent sans préjudice de tout accord international applicable en matière d'utilisation des radiofréquences et de coordination des satellites [...] ». [article 55 de la directive (UE) 2018/1972*]

39.5. L'article 14 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation ») énonce que « 1. Les États membres veillent à ce que les droits, les conditions et les procédures applicables aux autorisations générales, aux droits d'utilisation ou aux droits de mettre en place des ressources ne puissent être modifiés que dans des cas objectivement justifiés et dans des proportions raisonnables, compte tenu, le cas échéant, des conditions particulières applicables aux droits d'utilisation de radiofréquences cessibles. Sauf lorsque les modifications proposées sont mineures et qu'un accord est intervenu à leur sujet avec le titulaire des droits ou de l'autorisation générale, il est fait part en bonne et due forme de l'intention de procéder à de telles modifications et les parties intéressées, dont les utilisateurs et les consommateurs, se voient accorder un délai suffisant pour exprimer leur point de vue sur les modifications proposées, délai qui sera d'au moins quatre semaines, sauf circonstances exceptionnelles. 2. Les États membres ne restreignent ni ne retirent de droits afférents à la mise en place de ressources ou de droits d'utilisation de radiofréquences avant l'expiration de la période pour laquelle ils ont été octroyés, sauf dans des cas justifiés et, le cas échéant, en conformité avec l'annexe ainsi que les dispositions nationales applicables en

* Ndt : Voir article 3, point 5, de la directive 2009/140/CE.

*matière de compensation pour retrait de droits. ». [article 18 de la directive (UE) 2018/1973 *]*

40. Aux termes de l'article 2 de la directive 2002/77/CE (directive « concurrence »), « 1. Les États membres ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public. 2. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires afin de garantir à toute entreprise le droit de fournir des services de communications électroniques ou de mettre en place, d'étendre et d'exploiter des réseaux de communications électroniques. 3. Les États membres font en sorte qu'aucune restriction ne soit imposée ni maintenue à la fourniture de services de communications électroniques sur les réseaux de communications électroniques mis en place par les fournisseurs de services de communications électroniques, sur les infrastructures fournies par des tiers, ou au moyen d'un usage partagé de réseaux, d'autres installations ou sites, sans préjudice des dispositions des directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE. 4. Les États membres garantissent que l'autorisation générale accordée à une entreprise pour la fourniture de services de communications électroniques ou l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques, ainsi que les conditions dont elle est assortie, se fondent sur des critères objectifs, non discriminatoires, proportionnés et transparents. 5. Toute décision fondée sur l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2002/20/CE qui empêche une entreprise de fournir des services de communications électroniques ou d'exploiter des réseaux de communications électroniques doit être motivée. Toute partie lésée doit disposer d'une possibilité de recours contre une telle décision devant un organe indépendant des parties en cause et, en dernier ressort, devant une juridiction ».

40.1. Selon l'article 4 de la directive « concurrence », « [s]ans préjudice des procédures et des critères particuliers qu'ils ont adoptés pour octroyer des droits d'utilisation des radiofréquences aux fournisseurs de contenu de radio ou de télédiffusion, en vue de réaliser des objectifs d'intérêt général conformément au droit [de l'Union] : 1) les États membres n'accordent pas de droits exclusifs ou spéciaux d'utilisation des radiofréquences pour la fourniture de services de communications électroniques ; 2) l'attribution des radiofréquences pour des services de communications électroniques doit être fondée sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés ».

D.2.2. DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT NATIONAL

42. Les dispositions pertinentes du droit national sont les prescriptions de l'article 1^{er}, paragraphes 1030, 1031, 1031 *bis*, de la loi n° 205/2017, reproduits précédemment aux points 27 à 27.2 de la présente ordonnance, auxquels il est

* Ndt : Voir article 3, point 8, de la directive 2009/140/CE.

renvoyé. En sus de ces dispositions, les normes suivantes sont également pertinentes.

42.1 L'article 1^{er}, paragraphe 1031 *ter*, de la loi n° 205/2017, inséré par l'article 1^{er}, paragraphe 1105, de la loi n° 145/2018, dispose que « [l]a durée des droits d'utilisation des fréquences issues de la conversion visée au paragraphe 1031 ainsi que de celles résultant de l'attribution par la procédure visée au paragraphe 1031 bis est fixée conformément aux prescriptions du code des communications électroniques établi par le décret législatif n° 259 du 1^{er} août 2003 ».

42.2. L'article 1^{er}, paragraphe 1032, de la loi n° 145/2017, tel que modifié par l'article 1^{er}, paragraphe 1106, de la loi n° 145/2018, dispose qu'« [u]n décret du [MiSE] établit, après consultation publique, pour le 30 juin 2018, le calendrier national fixant les échéances de la feuille de route aux fins de la mise en œuvre des objectifs de la décision (UE) 2017/899, du 17 mai 2017, visée au paragraphe 1026, en tenant compte de la nécessité de fixer une période transitoire du 1^{er} janvier 2020 au 30 juin 2022, pour assurer la libération des fréquences par tous les opérateurs de réseau titulaires des droits d'utilisation correspondants au niveau national et local et la rénovation du multiplex contenant l'information régionale par le concessionnaire du service public de radio, télévision et multimédia, et conformément aux critères suivants : a) définition des zones géographiques de répartition du territoire national en vue de la libération des fréquences et également aux fins de la prévention ou de la réduction des problèmes de brouillage avec les pays radioélectriquement voisins utilisant la bande 700 MHz pour le service mobile selon des délais plus courts que ceux de l'Italie ; b) libération, à l'échéance visée sous f), par les opérateurs de réseau titulaires des droits d'utilisation au niveau local de toutes les fréquences utilisées à la date d'entrée en vigueur de la présente loi et activation simultanée des fréquences affectées par le PNAF aux transmissions au niveau local ; c) libération, à l'échéance visée sous f), par le concessionnaire du service public de radio, de télévision et multimédia, des fréquences utilisées à la date d'entrée en vigueur de la présente disposition par le multiplex du service public contenant l'information régionale et activation simultanée des fréquences affectées par le PNAF à l'établissement du nouveau multiplex décomposable en macrozones ; d) libération, à l'échéance visée sous f), par les opérateurs nationaux, des fréquences de la bande 702-734 MHz correspondant aux canaux 50 à 53 et activation simultanée des fréquences disponibles à définir en tenant compte de la nécessité de réduire les inconvénients pour les utilisateurs et d'assurer la continuité d'exploitation ainsi que la libération, à l'échéance visée sous f), par les opérateurs de réseau titulaires des droits d'utilisation au niveau local des fréquences correspondant aux canaux CH 51 et 53 par zones géographiques successives telles que définies sous a), en tout état de cause, au cours de la période transitoire du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2021 ; e) libération des fréquences résiduelles et activation des fréquences prévues par le PNAF et objet des droits nationaux d'utilisation résiduels ; f) fixation des échéances, en tout cas, au cours la période transitoire du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2021, de la

séquence des libérations et activation simultanée des fréquences selon les critères et pour les opérateurs nationaux titulaires des droits d'utilisation des canaux CH 50 et 52 visés sous d), à mettre en œuvre par zones géographiques successives telles que définies sous a), de la séquence des libérations de fréquences selon les critères et pour les exploitants au niveau local, titulaires des droits d'utilisation des canaux CH 51 et 53 visés sous d), à mettre en œuvre par zones géographiques successives telles que définies sous a), en tout état de cause au cours de la période transitoire du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2021, ainsi que des échéances de la libération des fréquences résiduelles et activation des fréquences prévues par le PNAF et objet des droits d'utilisation résiduels visés sous b), c) et e). Le [MiSE] met à jour, pour le 15 avril 2019, le décret visé à la phrase précédente ».

D.2.3. QUESTION POSÉE A LA COUR

43. Les dispositions nationales pertinentes ont établi une procédure de reconfiguration consistant dans la conversion des ressources de fréquences DBV-T, déjà attribuées précédemment, et dans l'attribution aux opérateurs de la nouvelle capacité de transmission, ainsi que dans l'attribution de la capacité de transmission résiduelle par procédure à titre onéreux. La chambre doute de la conformité de ces dispositions aux normes [du droit de l'Union] précitées et aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de protection de la concurrence et de la confiance légitime, alors que la législation nationale, pour « réserver » des ressources à la procédure à titre onéreux, n'a pas prescrit la conversion intégrale des droits antérieurs, désavantageant ainsi, en particulier, les petits opérateurs. En effet, les autorités nationales n'ont pas pris en compte dans leur choix la situation de l'appelante, qui avait acquis les droits d'utilisation au terme d'une procédure concurrentielle à titre onéreux et ont au contraire favorisé en définitive les opérateurs déjà titulaires de cinq multiplex – d'ores et déjà favorisés en tout état de cause par des économies d'échelle et une présence confirmée – qui ont obtenu deux multiplex en pleine propriété et ont pu participer à la procédure à titre onéreux pour compléter le troisième multiplex. Il en est résulté que, comme le souligne l'appelante, 80 % des ressources attribuées l'ont été en pleine propriété, alors que la ressource des petits opérateurs titulaires d'un seul multiplex a été, au contraire, réduite à un demi-multiplex et que les intéressés ont été, de ce fait, contraints de recourir à la procédure à titre onéreux ou de conclure entre eux des accords.

44. Comme indiqué au point précédent, les prescriptions de l'article 1^{er}, paragraphe 1031, de la loi n° 205/2017 ont disposé que « [c]onformément aux objectifs de la politique audiovisuelle européenne et nationale de cohésion sociale, de pluralisme des moyens de communication et de diversité culturelle et aux fins d'une gestion la plus efficace possible du spectre permise par l'emploi des technologies plus avancées, toutes les fréquences attribuées au niveau national et local pour le service de télévision numérique terrestre et attribuées dans la bande III VHF et 470-694 MHz [sont] libérées » et que « les droits d'utilisation des fréquences détenus à la date d'entrée en vigueur de la présente loi par les opérateurs de réseaux nationaux [sont] convertis en droits d'utilisation

de la capacité de transmission dans les multiplex nationaux de nouvelle conception en technologie DVB-T2, selon les critères définis par[l'AGCOM] le 31 mars 2019 au plus tard, aux fins de l'attribution des droits d'utilisation des fréquences ». Comme relevé précédemment, l'AGCOM a défini le facteur de conversion, sur lequel la réglementation nationale examinée au point précédent a toutefois exercé une incidence substantielle. La définition du facteur de conversion par l'AGCOM a, d'une part, entraîné le défaut de conversion par équivalent des ressources de fréquences DVB-T attribuées à la nouvelle norme technologique DVB-T2 et, d'autre part, contraint les opérateurs comme [l'appelante] à participer à la « *procédure à titre onéreux sans relance concurrentielle* », visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1031 bis, de la loi n° 205/2017, inséré par l'article 1^{er}, paragraphe 1105, de la loi n° 145, du 30 décembre 2018. En substance, le concours de ces deux éléments a entraîné, pour une entité détenant déjà des ressources de fréquence DBV-T, la limitation de ses droits antérieurs et la nécessité de déboursier des fonds supplémentaires pour obtenir une capacité de transmission qu'elle n'a considérée comme équivalente qu'après l'acquisition à titre onéreux de la ressource supplémentaire.

45. La situation décrite ci-dessus résulte, en premier lieu, de la nécessité présumée de « *préserver* » la procédure à titre onéreux en n'effectuant qu'une conversion partielle des ressources, de façon à réserver une capacité de transmission supplémentaire à la procédure à titre onéreux. En substance, les autorités italiennes ont appliqué les dispositions de droit interne reproduites ci-dessus, en considérant que la « *capacité de transmission supplémentaire* » n'était pas le résultat éventuel du processus de conversion (et qu'elle aurait donc pu, par hypothèse, être nulle), mais un paramètre à retenir au préalable pour définir le facteur de conversion. Il s'en est suivi que la situation d'un opérateur tel que l'appelante (qui avait acquis ses droits d'utilisation à l'issue d'une procédure concurrentielle et à titre onéreux) a été, elle aussi, clairement lésée par le mécanisme de conversion/attribution, dont la conception a en outre tenu compte des positions déjà consolidées sur le marché, au nombre desquelles ont également figuré des situations illégales.

46. Il convient en outre de considérer les affirmations que l'AGCOM a formulées en rapport avec la question posée par le Consiglio di Stato sur l'aptitude de la conversion à garantir une équivalence d'une façon générale, ainsi que la neutralité technologique et la continuité de la transmission. En effet, l'AGCOM a expressément soutenu que « *le pouvoir d'appréciation technique exercé par l'AGCOM pour définir le facteur de conversion entre les réseaux DVB-T et les réseaux DVB-T2 [a été] inévitablement conditionné et restreint par les dispositions de la loi de finances 2018* » (page 27 du rapport). D'une part, cette affirmation confirme les développements de la section précédente sur l'incidence du choix du législateur sur les conclusions de l'AGCOM et, d'autre part, elle a constitué le point de départ révélateur de l'analyse de l'AGCOM, qui a essentiellement porté sur deux aspects : le principe de neutralité technologique et l'équivalence du facteur garantie par le paramètre de conversion et par l'ensemble

des procédures définies par l'AGCOM dans ses décisions 129/19/CONS, 564/20/CONS, 65/22/CONS et 25/23/CONS.

47. Si l'on se focalise sur ce dernier aspect, il faut noter que l'AGCOM a relevé qu'« *en ce qui concerne les propositions des opérateurs visant à prévoir un facteur de conversion (égal à 0,5) entre les réseaux DVB-T et les nouveaux réseaux DVB-T2, différent de celui proposé par l'AGCOM lors de la consultation publique (décision 232/20/CONS39), il y a lieu d'observer que, comme cela a déjà été soutenu dans la décision 129/19/CONS, d'une part, ces propositions ne sont pas conformes au cadre réglementaire tracé par les lois de finances 2018 et 2019 et que, d'autre part, elles aboutissent à des solutions de mise en œuvre extrêmement complexes et peu efficaces en termes d'utilisation des ressources du spectre et de capacité de transmission correspondante. En effet, au vu de la présence sur la plateforme TNT de 20 réseaux nationaux dont les droits d'utilisation des fréquences sont attribués à 8 opérateurs, l'application d'un coefficient de conversion de 0,6 proposé par certains intervenants, au lieu du coefficient 0,5 déterminé par l'AGCOM, aurait requis l'affectation au processus de conversion de l'ensemble des 12 nouveaux réseaux DVB-T2 prévus par le PNAF 2019, de sorte qu'il ne serait plus resté de réseau ni de capacité de transmission correspondante susceptibles d'être soumis à la procédure à titre onéreux prévue par le paragraphe 1031 bis* ».

48. La nécessité de réserver à la procédure à titre onéreux des réseaux et la capacité de transmission correspondante a donc été un élément déterminant dans le choix de l'AGCOM. Par ailleurs, il importe de considérer qu'elle a effectivement retenu l'aptitude à garantir l'équivalence, la neutralité technologique et la capacité de conversion en tenant compte non seulement du facteur de conversion, mais également des ressources acquises par la procédure à titre onéreux. Il ressort en effet de son rapport que, même si les ressources de fréquences relatives à 12 réseaux nationaux de radiodiffusion en DVB-T2 dans la bande UHF (dont une décomposable par macro-zones et une complétée par des fréquences de la bande III-VHF) ont libéré pour chaque multiplex national une capacité de transmission estimée à quelque 37 Mbit/s46, extensible jusqu'à 40 Mbit/s sans pertes de couverture significatives, la répartition des ressources entre opérateurs a été également étoffée par le recours à la procédure à titre onéreux. En effet, l'AGCOM a relevé que « [1] *'affectation supplémentaire par la loi au secteur national des fréquences relatives à deux réseaux, obtenues à titre de "dividende externe" à la suite du dépassement précité de la réserve en faveur de la radiodiffusion locale, a ouvert la possibilité à tous les 8 exploitants de réseau préexistants opérant sur la plateforme pré-configuration d'étoffer leurs droits d'utilisation génériques respectifs. Les sociétés RAI, Persidera, Cairo Networks et Elettronica Industriale ont effectivement participé à la procédure à titre onéreux d'attribution des fréquences supplémentaires précitées ouverte par le ministère au titre de la décision 564/20/CONS, et obtenu chacune l'attribution d'un droit d'utilisation générique pour un demi-multiplex de nouvelle génération. Ces entreprises ont pu ainsi parfaire et compléter leur droit d'utilisation respectif pour un demi-multiplex (droit d'utilisation générique), qui leur a été attribué à la*

suite de la conversion des droits d'utilisation au titre de la décision 129/19/CONS, chacune obtenant un droit d'utilisation d'un réseau spécifique. En revanche, les sociétés Prima TV et 3lettronica Industriale ont eu recours au mécanisme de l'accord prévu par la décision 129/19/CONS [article 2, paragraphe 1, sous b)], chacune apportant son droit d'utilisation générique pour un demi-multiplex et obtenant, conjointement, le droit d'utilisation des fréquences pour un multiplex DVB-T2 spécifique ».

49. La chambre observe que l'équivalence en termes de capacité et de continuité de transmission dans les scénarios *pré – et post-reconfiguration* a donc également dépendu, en l'espèce, de la procédure à titre onéreux, laquelle a toutefois grevé les opérateurs concernés de coûts supplémentaires.

50. Dans ces conditions, la chambre doute de la conformité au droit [de l'Union] d'un dispositif tel que la réglementation nationale décrite, dont l'application concrète a obligé l'opérateur à supporter des coûts supplémentaires pour obtenir une conversion équivalente, sans pour autant réaliser, de ce fait, une conversion équivalente des ressources numériques.

52. Il est donc demandé à la Cour si les normes précitées du droit [de l'Union] ne s'opposent pas à un dispositif tel que la réglementation italienne qui, dans le but de préserver les ressources à attribuer par procédure à titre onéreux, a néanmoins limité, lors de la conversion des fréquences DVB-T en fréquences DVB-T2, les ressources et les capacités octroyées précédemment.

52. En particulier, la chambre nourrit, en premier lieu, des doutes sur la compatibilité de la législation nationale avec la décision (UE) 2017/899 et, notamment, avec ses considérants 11 et 20, qui soulignent la nécessité d'assurer la continuité des services pour les opérateurs déjà existants. Cette nécessité se reflète d'ailleurs dans d'autres dispositions du droit [de l'Union] indiqués sous D.2.1. Il résulte de l'économie de ces dispositions du droit [de l'Union] [reproduites ci-dessus] que les procédures de conversion doivent garantir en tout état de cause aux opérateurs l'allocation de ressources aptes à assurer la préservation des droits légalement acquis au fil du temps, en particulier, en vertu des droits d'utilisation délivrés en 2012 pour une période de vingt ans, ou bien assurer une indemnisation en cas de pertes pécuniaires induites par les procédures de conversion.

53. Or, dans l'affaire portée devant la chambre, l'application des dispositions nationales édictées à l'article 1^{er}, paragraphes 1030 et suivants de la loi n° 145/2017 a entraîné au contraire une limitation de ces ressources, de façon à permettre l'attribution par la voie d'une procédure, mais à titre onéreux.

54. La chambre estime en outre pertinent de relever que le défaut d'équivalence des ressources n'a pas été, en effet, déterminé par le besoin (ou par la simple nécessité) de faciliter les procédures visant à accroître la dotation technologique des opérateurs, mais par la volonté de préserver ce « *dividende externe* » destiné à la procédure à titre onéreux. D'ailleurs, en réponse à l'une des questions du

Consiglio di Stato, l'AGCOM a elle-même relevé avoir limité en tout état de cause le principe de neutralité technologique, en rappelant, à cet effet, les prescriptions de l'article 3, paragraphe 4, de la directive (UE) 2018/1972 et en se référant à ses considérants 114 et 116. Or, ces renvois ne démentent pas que l'élément central ait été la nécessité de réserver des multiplex à la procédure à titre onéreux ni que cette nécessité ait affecté la position des opérateurs en leur assurant une conversion par équivalent et en leur imposant la charge de coûts supplémentaires pour qu'ils obtiennent, précisément, une capacité équivalente.

55. Dans ces conditions, la chambre doute également de la conformité de la réglementation nationale au principe d'équité et de protection de la confiance légitime engendrée par les choix réglementaires antérieurs. L'option retenue n'a pas servi à améliorer les capacités des opérateurs, mais a plutôt répondu à la nécessité de ménager une procédure à titre onéreux, en fonction d'un choix précis de politique économique.

D.3. TROISIÈME QUESTION, CONCERNANT LES ARTICLES 8 ET 9 DE LA DIRECTIVE-CADRE, LES ARTICLES 3, 5, 7, ET 14 DE LA DIRECTIVE « AUTORISATION », LES ARTICLES 3 ET 4 DE LA DIRECTIVE « CONCURRENCE », LES CONSIDÉRANTS 11 ET 20 DE LA DECISION (UE) 2017/899, LES PRINCIPES D'ÉQUITÉ, DE NON-DISCRIMINATION, DE PROTECTION DE LA CONCURRENCE ET DE LA CONFIANCE LÉGITIME, DE PROPORTIONALITÉ ET D'ADÉQUATION, LES PRINCIPES POSÉS PAR LA COUR DE JUSTICE DANS L'ARRÊT DU 26 JUILLET 2017, PERSIDERA (C-112/16, EU:C:2017:597), AINSI QUE LA CONFORMITÉ À CES CONSIDÉRANTS ET À CES PRINCIPES DE LA RÉGLEMENTATION NATIONALE, EU ÉGARD ÉGALEMENT À L'ÉVOLUTION PROGRESSIVE DU SYSTÈME AUDIOVISUEL ITALIEN

56. Par la présente question, le Consiglio di Stato soumet à l'appréciation de la Cour un autre motif d'incompatibilité potentielle de la législation nationale avec les normes et principes du droit [de l'Union] énoncés dans le titre de la question. Il y a lieu de se demander, en particulier, si les normes précitées du droit [de l'Union] ne s'opposent pas à une réglementation telle que la réglementation nationale, qui, d'une part, n'a pas tenu compte, dans la procédure de conversion/attribution, de la situation de l'appelante (qui avait déjà participé, comme exposé précédemment, à une procédure à titre onéreux pour acquérir les droits qu'elle détenait auparavant), en prévoyant un facteur de conversion commun à tous les opérateurs, sans différencier les situations d'une autre manière appropriée et proportionnée, et qui, d'autre part, n'a pas dûment pris en compte les changements « historiques » induits par la dynamique de la concurrence prévalant dans le secteur audiovisuel italien.

57. Il faut en effet considérer que la procédure de reconfiguration a été également l'occasion de donner exécution aux arrêts de la Cour du 27 juillet 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597) et Europa way et Persidera (C-560/15,

EU:C:2017:593). Ces arrêts avaient, en substance, également imposé l'obligation de prendre en considération les situations consolidées dans le passé pour rééquilibrer un marché. Ils sont également pertinents pour la position de l'appelante, dans la mesure où le défaut d'exécution de ces arrêts par les autorités italiennes a entraîné une « réserve » de ressources au profit d'entités qui ne devaient pas être prises en compte ou qui auraient dû l'être en tout cas différemment. Ce constat impose donc d'examiner séparément : i) l'évolution des dispositions pertinentes de l'ordre juridique national, ii) les interventions de la Cour de justice, iii) les arrêts subséquents du Consiglio di Stato, iv) les choix arrêtés par les autorités nationales en considération de ces arrêts et v) la compatibilité de ces choix avec la législation de référence de l'Union.

D.3.1. DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT [DE L'UNION]

58. Les dispositions [du droit de l'Union] visées aux points 38, 39 à 39.5, 40 et 40.1 de la présente ordonnance, auxquelles il est renvoyé, sont pertinentes aux fins de l'examen de la présente question.

D.3.2. DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT NATIONAL

59. Les dispositions du droit national visées aux points 40 à 40.2 de la présente ordonnance, auxquelles il est renvoyé, sont pertinentes aux fins de l'examen de la présente question.

D.3.3. QUESTION SOUMISE À LA COUR

D.3.3.1. ÉVOLUTION DE L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL

60. Le Consiglio di Stato ne peut manquer d'exposer à la Cour, au titre des aspects les plus pertinents de l'affaire, ce qu'il y a lieu d'entendre par anomalie du système, d'ores et déjà porté à l'attention de la Cour par l'ordonnance de renvoi à l'origine de l'arrêt du 26 juillet 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597).

61. Le Consiglio di Stato a déjà constaté l'existence d'une situation anormale en relevant la « *position excédentaire de Rete 4 et de Rai 3 au regard des limites de concentration imposées par la loi n° 249/1997, qui aurait dû inciter la première à renoncer à la radiodiffusion analogique et, la seconde, à éliminer la publicité de la programmation* » (voir ci-dessous). Cette anomalie s'inscrit toutefois dans un contexte plus large que la Corte costituzionale a qualifié de « *pure occupation de fait des fréquences (exploitation d'installations sans octroi de concessions ou d'autorisations), en dehors de toute logique de renforcement du pluralisme dans la distribution des fréquences et de la planification efficace des ondes. Cette occupation de fait a d'ailleurs été, à diverses reprises et pendant de longues périodes, validée a posteriori et régularisée par l'autorisation de la poursuite des activités des différents radiodiffuseurs et télédiffuseurs privés* » (arrêt n° 466 de la Corte costituzionale, du 20 novembre 2002, jugeant que la situation de fait ne garantissait pas « *la mise en œuvre du principe externe de l'information, qui*

constitue l'un des "impératifs" incontournables découlant de la jurisprudence constitutionnelle pertinente »).

62. Cette ancienne situation a progressivement évolué dans des conditions qu'il y a lieu de rapporter, ne fût-ce que brièvement. Il convient de rappeler, en particulier que : i) à la suite de l'arrêt n° 420 de la Corte costituzionale, du 7 décembre 1994, [constatant l'inconstitutionnalité de l'article 15, paragraphe 4, de la loi n° 223/1990 (dite « loi Mammì »), en ce qu'il avait permis [et] permettait à une même entité de détenir trois des neuf concessions de chaîne de télévision à l'échelle nationale attribuables aux opérateurs privés], le régime de la radiodiffusion télévisuelle avait été réformé par la loi n° 249, du 31 juillet 1997 (dite « loi Maccanico »), interdisant à une seule et même entité d'être titulaire de concessions ou d'autorisations permettant la diffusion de plus de 20 % des chaînes de télévision analogique à l'échelle nationale sur fréquences terrestres, dans le cadre du plan de fréquences ; ii) en raison de ces règles plus strictes, la troisième chaîne de télévision du groupe Mediaset et la deuxième chaîne à accès conditionnel (« pay TV »), alors détenue par le groupe Telepiù, auraient dû émettre uniquement par câble ou par satellite, dès lors qu'elles excédaient les nouvelles limites légales (d'où la notion de « chaînes excédentaires ») ; la troisième chaîne de la RAI aurait dû à son tour renoncer en même temps à la publicité ; iii) la même loi a toutefois introduit une nouvelle réglementation transitoire des chaînes nationales de télévision excédant les limites de concentration précitées, en disposant qu'elles pourraient provisoirement continuer à émettre après le 30 avril 1998 (échéance déjà reportée par rapport à l'échéance initiale du 31 août 1996), dans le respect des obligations prévues pour les radiodiffuseurs concessionnaires, pour autant que les émissions soient simultanément diffusées par satellite ou par câble (article 3, paragraphe 6) et en chargeant l'ARN de fixer le délai dans lequel, eu égard à l'évolution effective et conforme de l'utilisation des programmes par câble ou par satellite, les chaînes excédentaires précitées devaient transmettre les programmes exclusivement par satellite ou par câble, en abandonnant les fréquences terrestres (article 3, paragraphe 7) ; iv) en déclarant inconstitutionnel l'article 3, paragraphe 7, précité, par arrêt n° 466/2002, la Corte costituzionale a constaté un état de « *prolongation de la situation (d'ailleurs aggravée) déjà jugée illégale par l'arrêt n° 420 de 1994 et le maintien des chaînes encore tenues pour "excédentaires" par le législateur de 1997* ». Cela a conduit la Corte costituzionale en 2002 à estimer incontournable la fixation d'une « *date limite absolument certaine, définitive et, par conséquent, inéluctable* », dans le but d'éviter que « *la phase transitoire* » puisse « *revêtir de facto un caractère définitif* » ; v) selon les constatations de l'arrêt n° 466/2002, « *l'inconstitutionnalité n'affecte pas le régime transitoire dérogatoire ni même la poursuite actuelle, encore que temporairement limitée, de l'exercice par les radiodiffuseurs de leur activité au-delà des limites précitées* » ; vi) l'arrêt n° 466/2002 a clairement révélé d'évidentes anomalies entachant aussi bien l'origine des chaînes excédentaires que le système de renouvellement des prorogations, à la faveur duquel leur exploitation a été poursuivie. C'est également sans équivoque que l'arrêt a, d'une part, admis la légalité du régime transitoire [tout en subordonnant par ailleurs cette appréciation à une nouvelle

fixation d'une date limite ultime et inéluctable pour l'expiration de la transition (au 31 décembre 2003) et, par conséquent, pour les émissions sur fréquences terrestres par les chaînes excédentaires] et, d'autre part, corrélé cette date limite à l'achèvement des opérations nécessaires à la conversion ou au transfert vers le câble ou le satellite des chaînes excédentaires, sans attacher la moindre pertinence à l'aspect différent de la « *mise en œuvre [...] d'autres systèmes de substitution à la diffusion analogique terrestre* » ; vii) la Corte costituzionale a précisé que sa décision ne devait pas préjuger en tout état de cause « *de la structure différente qui pourrait résulter à l'avenir du développement de la technique de transmission numérique terrestre, impliquant l'accroissement des ressources techniques disponibles* ». Toutefois, le Consiglio di Stato estime que cette considération n'a pas exempté le planificateur des fréquences de son obligation d'examiner rétrospectivement l'origine et le développement historique des réseaux analogiques, afin d'y déceler d'éventuels indices d'irrégularité ou d'illégalité de leur exploitation, même révolue ; viii) en outre, aussi bien au vu des nouvelles prorogations réglementaires (décret-loi n° 352, du 24 décembre 2003, converti, avec modifications, par la loi n° 43 du 24 février 2004, décret dit de « *sauvetage des réseaux* »), qu'en raison de la loi n° 112/2004, il est apparu un « *consensus généralisé* » à la poursuite de l'activité de tous les radiodiffuseurs opérant déjà en mode analogique « *à quelque titre que ce soit* » (et donc même si les réseaux étaient excédentaires) ; ix) ces dispositions ont été censurées par l'arrêt de la Cour de justice du 31 janvier 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59) et critiquées par la Commission dans son avis motivé du 18 juillet 2007. Ces jugements négatifs ont également retenu l'illégalité des dispositions de la réglementation italienne permettant, même après le terme de la transition, la conservation des fréquences analogiques illégalement exploitées. Elles n'ont même pas été tenues pour justifiées par la nécessité de garantir une évolution rapide vers la radiodiffusion télévisuelle en mode numérique, dans la mesure où la conservation des fréquences par les réseaux existants, même s'ils étaient dénués de concession depuis 1999, avait créé une situation de privilège, sans même qu'ait été prévue une obligation de restituer les fréquences excédentaires après la transition vers la radiodiffusion télévisuelle en mode numérique (arrêt n° 242 du Consiglio di Stato, sixième chambre, du 20 janvier 2009).

63. Au vu du cadre réglementaire tracé, le Consiglio di Stato a considéré qu'en raison de la dimension historique revêtue au fil du temps par le phénomène des réseaux dits « *excédentaires* », l'AGCOM était également tenue d'estimer pertinents ou, en tout état de cause, d'examiner attentivement, les aspects concernant la régularité de leur genèse et leur consolidation subséquente sur le marché, en procédant à un examen « *diachronique* » et « *évolutif* » du marché et des positions concurrentielles constituées, en tenant compte également des autres arrêts pertinents rendus par la Cour de justice (arrêt du 31 janvier 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59), le Consiglio di Stato (arrêt n° 242, du 20 janvier 2009) et la Cour européenne des droits de l'Homme (arrêt du 7 juin 2012, req. n° 38433/09, Centro Europa 7 srl et Di Stefano c. Italie).

64. La transition de l'analogique au numérique a donc été marquée en Italie par ces événements et entreprise alors qu'était en cours une procédure en constatation de manquement introduite en 2006 à propos de la conformité aux dispositions de la directive-cadre et des directives « autorisation » et « concurrence » de la réglementation italienne régissant la gestion des radiofréquences de radiodiffusion télévisuelle, la transition vers le numérique et l'attribution des radiofréquences numériques.

65. Le gouvernement italien a donc pris différentes mesures afin de mettre cette législation en conformité avec le droit de l'Union. En particulier, l'AGCOM a adopté à cet effet la décision 181/09/CONS, du 7 avril 2009, qui a été ensuite mise en œuvre par la loi n° 88/2009. Dans cette décision, l'AGCOM a fixé les critères de la numérisation intégrale des réseaux de télévision terrestres. Cette décision a prévu, en particulier, l'attribution de 21 multiplex nationaux, qui devaient permettre de regrouper plusieurs signaux en un flux de données commun et de transmettre en même temps plusieurs services de télévision numérique terrestre. Aux fins de leur répartition entre les nouveaux opérateurs (ceux qui avaient créé des réseaux numériques et ceux qui exploitaient déjà des réseaux analogiques), ces multiplex ont été ventilés en trois groupes régis par des critères d'attribution différents. Il a été en outre prévu qu'aucun opérateur ne pourrait obtenir plus de cinq multiplex nationaux à l'issue de la procédure de sélection. Les radiofréquences disponibles provenant du dividende numérique devaient être attribuées gratuitement aux opérateurs remplissant les conditions requises, à l'issue d'une procédure de sélection organisée selon le principe dit du « concours de beauté ». Ce concours de beauté a porté initialement sur cinq multiplex, c'est-à-dire des systèmes de diffusion de signaux permettant chacun la transmission simultanée de plusieurs services de télévision numérique terrestre. Ces multiplex ont été divisés en deux parties. Les trois multiplex de la partie A ont été réservés aux nouveaux entrants et aux petits opérateurs et ne devaient pas pouvoir être attribués à Radiotelevisione Italiana SpA, à Mediaset ni à Telecom Italia Media Broadcasting (devenue par la suite Persidera). La partie B a consisté en deux multiplex ouverts à tout soumissionnaire, avec une limite d'un seul multiplex pour la RAI et Mediaset.

65.1. Les règles du concours de beauté ont été définitivement approuvées par décision 497/10/CONS de l'AGCOM, du 22 septembre 2010, après consultation publique et approbation du plan d'attribution des radiofréquences numériques. À ce stade, le multiplex C1 a été ajouté aux cinq multiplex précités, objet du concours de beauté. L'appel à candidatures a été publié par le MiSE le 8 juillet 2011. Europa Way et Persidera ont été admises à participer à la procédure. Ces deux entreprises ont été les seuls soumissionnaires, chacune pour un multiplexe spécifique, étant toutefois précisé que Persidera avait concouru en vue de l'attribution de trois multiplexes. Par décret du 20 janvier 2012, le MiSE a suspendu le concours de beauté, lequel a été en définitive annulé par l'article 3 *quinquies* du décret-loi n° 16, du 2 mars 2012, converti, avec modifications, par la loi n° 44, du 26 avril 2012. Il a été également décidé que le concours de beauté serait remplacé par une procédure de sélection publique à titre

onéreux, fondée sur un mécanisme d'appel à candidatures défini en fonction des priorités et des critères fixés par l'AGCOM et que les opérateurs ayant participé audit concours recevraient une indemnisation.

66. L'AGCOM a donc adopté la décision 277/13/CONS, du 11 avril 2013, définissant les règles de la nouvelle procédure de sélection. Dans cette décision, l'AGCOM a réaménagé le plan d'attribution des radiofréquences, en réduisant notamment de 25 à 22 le nombre de radiofréquences destinées à la diffusion numérique terrestre télévisuelle et en fixant à trois le nombre de multiplex à attribuer. Seuls les nouveaux entrants et les petits opérateurs, à l'exclusion des exploitants disposant déjà d'au moins trois multiplex, pouvaient se porter candidats à l'attribution de ces multiplex. L'appel à candidatures a été publié le 12 février 2014. Ni Europa Way ni Persidera n'ont participé au nouvel appel à candidatures.

67. Or, les failles du système relevées dans les premiers points de la présente section ont manifestement influé sur l'action de l'ARN. Confirmation en est donnée par les considérations du Consiglio di Stato jugeant que ce contexte d'illégalité matérielle s'est en substance perpétué dans la décision 181/2009 de l'AGCOM, à laquelle pouvaient être opposées les mêmes critiques que celles que la Corte costituzionale avait adressées en 1994 au législateur de 1990. Celui-ci aurait très bien pu, selon la Corte costituzionale, « *eu égard aux particularités de la situation de l'Italie, où s'était en fait constituée une position dominante, établir en l'état un équilibre entre la nécessité d'élargir les critères d'accès à la radiodiffusion privée nationale et le besoin de tenir compte d'une réalité économique s'imposant en tout état de cause* », mais que « *pour se conformer aux principes posés par la jurisprudence [de la Corte costituzionale], il devait en tout état de cause opter pour la limitation et la réduction progressive de la concentration existante et non pas choisir la direction (opposée) de sa validation durable* » (point 14.4 – page 18) (arrêt n° 5929/2018, du Consiglio di Stato, point 2.25).

68. De l'avis du Consiglio di Stato, on ne pouvait davantage souscrire à la thèse que les chaînes « *excédentaires* » auraient exercé leur activité en conformité totale et permanente avec le cadre réglementaire de référence, tel que redressé par les conclusions du juge de la constitutionnalité, en l'absence de la moindre ouverture d'une période, antérieure ou postérieure, à l'intervention de la Corte costituzionale, durant laquelle leur activité aurait pu être regardée comme dépourvue des autorisations nécessaires. Il était au contraire correct d'affirmer que les chaînes « *excédentaires* » ont, certes, exercé des activités conformes au régime transitoire, mais différentes des règles « *de droit commun* » antérieures à la phase transitoire et que les dispositions jugées inconstitutionnelles ont été déclarées à tous effets nulles et non avenues, à l'exception d'une période « *aux effets maintenus* », servant uniquement à l'élaboration d'un cadre réglementaire différent. Il s'est produit en substance, au fil du temps, une « *différence de traitement induite par la prise en compte arbitrairement indifférenciée par*

l'AGCOM, des positions de départ des divers opérateurs multi-réseaux qui exerçaient déjà leur activité en mode analogique ».

D.3.3.2. INTERVENTION DE LA COUR DE JUSTICE (ARRÊT DU 26 JUILLET 2017, PERSIDERA (C-112/16, EU:C:2017:597))

69. Persidera a donc introduit devant la juridiction nationale un recours tendant, en résumant à l'extrême, à l'annulation des décisions adoptées par l'AGCOM lors du passage de la radiodiffusion analogique à la radiodiffusion numérique.

70. Dans le cadre de ce litige, le Consiglio di Stato a posé à la Cour de justice deux questions préjudicielles, par ordonnance n° 5709/2015).

71. Par arrêt du 26 juillet 2017, dans l'affaire Persidera, C-112/16, la Cour de justice a dit pour droit :

« – l'article 9 de la directive-cadre, les articles 3, 5 et 7 de la directive "autorisation" ainsi que les articles 2 et 4 de la directive "concurrence" doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition nationale qui, aux fins de la conversion des chaînes analogiques existantes en réseaux numériques, tient compte des chaînes analogiques illégalement gérées, dès lors qu'elle conduit à prolonger, voire à renforcer un avantage concurrentiel indu ;

- les principes de non-discrimination et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition nationale qui, en application d'un même critère de conversion, entraîne une réduction proportionnellement plus importante du nombre de réseaux numériques attribués par rapport au nombre de chaînes analogiques exploitées au détriment d'un opérateur par rapport à ses concurrents, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à son objectif. La continuité de l'offre télévisuelle constitue un objectif légitime susceptible de justifier une telle différence de traitement. Toutefois, une disposition qui conduirait à attribuer, aux opérateurs déjà présents sur le marché, un nombre de radiofréquences numériques supérieur au nombre qui serait suffisant pour assurer la continuité de leur offre télévisuelle irait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif et serait, ainsi, disproportionnée ».

D.3.3.3. ARRÊTS SUBSÉQUENTS DU CONSIGLIO DI STATO

D.3.3.3.1. ARRÊT N° 5928/2018 DU CONSIGLIO DI STATO

72. Par l'arrêt n° 5928/2018, le Consiglio di Stato a partiellement accueilli le recours de Persidera à la suite de l'arrêt de la Cour de justice. Le Consiglio di Stato a fait droit, en particulier, aux griefs tirés de la disparité des positions de départ occupées par les différents opérateurs multi-réseaux en mode analogique et de l'absence de prise en compte du caractère historiquement « excédentaire » de

certaines des ressources analogiques de départ détenues par la RAI et EI (RAI 3 et RETE 4).

72.1. Le Consiglio di Stato a précisé que l'accueil des griefs devait conduire à écarter l'application, pour non-conformité au droit de l'Union, de l'article 8 *novies*, paragraphe 4, du décret-loi n° 59 de 2008, converti avec modifications, par la loi n° 101 de 2008, telle que modifiée, et, par voie de conséquence, à prononcer, dans cette mesure, l'annulation des décisions 181/2009/CONS et 300/10/CONS. Le Consiglio di Stato a également relevé : [OMISSIS] [en substance, le Consiglio di Stato a souligné la nécessité de limiter au strict nécessaire les effets du vide réglementaire induit par l'annulation des décisions litigieuses, pour ne pas nuire aux intérêts des opérateurs concernés, compte tenu également de la planification des critères de conversion des droits entreprise dans le secteur].

D.3.3.3.2. ARRÊT N° 6910/2019 DU CONSIGLIO DI STATO

73. L'arrêt n° 5928/2018 du Consiglio di Stato a donc constaté que l'autorité réglementaire n'avait pas tenu compte de la situation d'inégalité constituée au fil du temps au sein du système télévisuel italien et qu'elle était tenue d'établir une nouvelle base réglementaire correcte des conditions d'attribution des fréquences dans le cadre de la planification ultérieure, cette nouvelle planification devant être de nature à répondre aux prétentions de Persidera.

74. L'Autorité a considéré qu'elle devait donner suite dans le cadre de la procédure de reconfiguration, objet des litiges au principal. [OMISSIS]

75. [OMISSIS]

76. Parallèlement, Persidera a saisi le Consiglio di Stato d'un nouveau recours alléguant que les actes adoptés entre-temps par l'Autorité aux fins de l'exécution de l'arrêt contrevenaient en réalité à l'autorité de chose jugée de l'arrêt précité.

77. Le Consiglio di Stato a donc examiné aussi bien la demande d'éclaircissements de l'Autorité que le recours en exécution de Persidera. [OMISSIS]

78. [OMISSIS]

79. [OMISSIS]

80. [OMISSIS] Le Consiglio di Stato a ordonné à l'Autorité : i) de mener une instruction sur l'origine des positions des différents opérateurs et sur leur consolidation sur le marché ; ii) d'envisager également la possibilité de ne pas adopter de mesures de nature structurelle – lorsqu'elles ne sont pas technologiquement et concrètement accessibles, ou lorsqu'elles sont, en tout état de cause, objectivement impraticables ou insuffisantes, voire même manifestement disproportionnées au regard du désavantage à compenser – et

d'adopter des mesures de nature différente, pour autant qu'elles soient de nature à rééquilibrer les positions. En particulier, le Consiglio di Stato a estimé possible de différencier la position de Persidera de celle de ses deux concurrents, dans le cadre de la phase ultérieure de la procédure d'attribution à titre onéreux de 4 lots d'un demi-multiplex, prévue par l'article 1^{er}, paragraphe 1031 *bis*, de la loi n° 205/2017.

D.3.3.4. OPTIONS RETENUES PAR LES AUTORITÉS NATIONALES EN CONSIDÉRATION DES ARRÊTS DU CONSIGLIO DI STATO

81. L'autorité nationale a donné exécution aux arrêts du Consiglio di Stato et, par conséquent, indirectement, aux arrêts de la Cour de justice dans les termes exposés ci-dessous.

82. [OMISSIS]

83. [OMISSIS] [Mesures ne concernant pas directement Persidera et déjà exposées précédemment aux points 13 à 15]

83.1. L'Autorité a [OMISSIS] estimé pouvoir mettre en œuvre le rééquilibrage des positions par des normes asymétriques de la procédure à titre onéreux prévue par le législateur. En particulier, la procédure a porté sur les fréquences de deux réseaux (multiplex) sur les 12 réseaux DVB-T2 prévus par le PNAF pour le service de télévision national et la capacité de transmission correspondante. La procédure a été divisée en 4 lots, soit 4 droits génériques d'utilisation de fréquences, chacun ayant la taille correspondant à la moitié d'un multiplex national en technologie DVB-T2. Les quatre lots ont été ventilés en trois catégories, dénommées P1 (un lot), P2 (un lot) et P3 (deux lots). Un lot a été respectivement attribué aux catégories P1 et P2 et deux lots à la catégorie P3. Les lots ont été attribués par procédure à titre onéreux sans relance concurrentielle. [OMISSIS]

83.2. En se conformant aux décisions du Consiglio di Stato et en donnant exécution aux dispositions légales (article 1^{er}, paragraphe 1031 *bis*, de la loi n° 205, du 27 décembre 2017), l'Autorité a en substance admis Persidera (à la différence de la RAI et de Mediaset) à se porter également candidate à l'attribution du lot P2 en sus du lot P3 (mais à l'exclusion du lot P1 réservé aux nouveaux entrants et aux opérateurs mono-réseau), dans le but de neutraliser l'avantage concurrentiel illégalement consolidé par les radiodiffuseurs historiques (la RAI et Mediaset) lors du passage de l'analogique au numérique intervenu en 2012.

D.3.3.5. CONFORMITÉ DU DROIT NATIONAL ET DES DÉCISIONS DE L'ARN À L'ARRÊT PERSIDERA, C-112/16, ET AUX NORMES ET PRINCIPES DU DROIT [DE L'UNION]

84. [OMISSIS]

85. La Cour de justice a déjà dit pour droit par arrêt du 26 juillet 2017, *Persidera* (C-112/16, EU:C:2017:597) que, dans l'accomplissement de leurs fonctions de réglementation spécifiées dans la directive-cadre ainsi que, en particulier, dans la directive « autorisation », les ARN doivent prendre toutes les mesures raisonnables visant à la réalisation des objectifs définis aux paragraphes 2 à 4 de l'article 8, qui consistent à promouvoir la concurrence dans la fourniture des réseaux et des services de communications électroniques, à contribuer au développement du marché intérieur et à soutenir les intérêts des citoyens de l'Union (arrêt *Persidera*, C-112/16, EU:C:2017:597, point 38, renvoyant également aux arrêts du 19 juin 2014, *TDC*, C-556/12, EU:C:2014:2009, point 39, et du 15 septembre 2016, *Koninklijke KPN e.a.*, C-28/15, EU:C:2016:692, point 46). En outre, en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la directive « concurrence », de l'article 5, paragraphe 2, deuxième alinéa, et de l'article 7, paragraphe 3, de la directive « autorisation », ainsi que de l'article 9, paragraphe 1, de la directive-cadre, les droits d'utilisation des radiofréquences doivent être accordés sur la base de critères de sélection objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés. Cette dernière condition implique que ces critères soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'ils poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint (arrêt *Persidera*, C-112/16, point 39, renvoyant à l'arrêt du 23 avril 2015, *Commission/Bulgarie*, C-376/13, non publié, EU:C:2015:266, points 65 et 84). Ces critères doivent être respectés non seulement lors de l'attribution initiale des radiofréquences, mais également à l'occasion de toute attribution ultérieure, d'une reconduction ou, comme dans les circonstances du litige au principal, d'une conversion des radiofréquences dans le contexte de la transition numérique (arrêt *Persidera*, C-112/16, point 40). En outre, les ARN doivent veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée du fait, notamment, de l'accumulation de droits d'utilisation de radiofréquences (arrêt *Persidera*, C-112/16, point 41).

85.1. Selon la Cour de justice, les dispositions du NCRC^{*}, en particulier, l'article 9, paragraphe 1, de la directive-cadre, l'article 5, paragraphe 1, de la directive « autorisation » ainsi que l'article 4, point 1, de la directive « concurrence », s'opposent à des mesures nationales ayant pour effet de figer les structures du marché national, de protéger la position des opérateurs nationaux déjà présents sur ledit marché en empêchant ou en restreignant l'accès de nouveaux opérateurs à ce marché, à moins que ces mesures ne soient justifiées par des objectifs d'intérêt général et aménagées sur la base de critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés (arrêt *Persidera*, C-112/16, point 43, renvoyant à l'arrêt du 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, EU:C:2008:59, points 95 à 107). En outre, il y a lieu de considérer qu'il serait également contraire aux dispositions du NCRC de pérenniser, voire de renforcer, au profit d'un opérateur déjà présent sur le marché, un avantage concurrentiel indu, obtenu en méconnaissance des exigences légales et contraire à l'objectif

* Ndt : Cadre réglementaire commun aux services de communications électroniques, aux réseaux de communications électroniques ainsi qu'aux ressources et aux services associés.

d'une concurrence effective et non faussée, tout en empêchant ou en restreignant l'accès de nouveaux opérateurs au marché (arrêt Persidera, C-112/16, point 44).

85.2. En l'espèce, le choix de l'ARN, consécutif à la décision de la Cour de justice, a consisté non pas à arrêter des solutions de nature structurelle, mais à concevoir différemment la procédure à titre onéreux définie à l'article 1^{er}, paragraphe 1031 bis, de la loi n° 205/2017. Or, il importe de demander à la Cour si une telle méthode de mise en œuvre peut être effectivement tenue pour conforme aux principes qu'elle a posés, dès lors qu'elle a déjà fait observer * qu'il ressortait de la décision de renvoi que le nombre de chaînes exploitées par chaque opérateur avait été converti en autant de réseaux numériques après soustraction d'une chaîne. Il en est résulté, dans l'affaire déjà jugée par la Cour de justice, que Persidera, qui exploitait deux réseaux analogiques, devait obtenir un réseau numérique, alors que la RAI et Mediaset, qui exploitaient chacune trois réseaux analogiques, devaient toutes les deux recevoir deux réseaux numériques. En d'autres termes, alors que ces dernières ont bénéficié d'un taux de conversion de 66,67 %, chacune ayant obtenu deux réseaux numériques en échange de trois réseaux analogiques, ce taux de conversion n'a été que de 50 % dans le cas de Persidera, puisqu'il ne lui a été attribué qu'un seul réseau numérique en contrepartie de ses deux réseaux analogiques. L'application de la même mesure de suppression d'un réseau analogique lors de la conversion au numérique a donc abouti à l'application de taux de conversion différents affectant davantage Persidera que la RAI et Mediaset (point 48). Il en est donc résulté une différence de traitement entre des opérateurs se trouvant pourtant dans une situation comparable (point 49).

85.3. Même différenciée, la procédure à titre onéreux appliquée par l'Autorité, en conformité avec la législation nationale, a toutefois contraint un opérateur, déjà soumis à un traitement différent, d'exposer des coûts supplémentaires pour s'assurer de la pérennité de sa capacité de transmission antérieure, et cela, bien que le système italien ait été depuis longtemps caractérisé par les anomalies décrites dans le premier des sous-paragraphes de la présente section, qui devaient être examinées par l'administration et constituent par ailleurs un élément d'appréciation essentiel de l'adéquation et de la proportionnalité des mesures soumises au jugement de la chambre.

85.4. La chambre considère en substance que les dispositions de l'article 1^{er}, paragraphe 1031 bis, de la loi n° 205/2017 et les choix arrêtés par l'Autorité ont entraîné les conséquences suivantes : i) une conversion non intégrale des droits antérieurs, afin d'« assurer », comme expliqué dans la deuxième question, le dividende externe, destiné à la procédure à titre onéreux ; ii) il a été recouru exclusivement à la procédure à titre onéreux aux fins du rééquilibrage des différentes positions, moyennant l'édition de règles asymétriques, qui n'ont permis à Persidera d'obtenir la « réparation » du déséquilibre historique constitué

* Ndt : arrêt du 26 juillet 2017, Persidera, C-116/16, EU:C:2017:597, point 48.

qu'en exposant des frais supplémentaires et sans recevoir de compensation de ses droits précédemment acquis. La chambre considère que les dispositions du droit [de l'Union] citées dans la question formulée ci-dessous et les principes posés par la Cour de justice semblent effectivement faire obstacle à une réglementation telle que celle présentement examinée, qui s'est, en substance, traduite par des mesures de nature non structurelle et, en tout état de cause, coûteuses à l'égard d'une partie historiquement défavorisée par l'évolution générale du système de radiodiffusion télévisuelle.

E. QUESTIONS POSÉES À LA COUR DE JUSTICE

86. La Cour de justice est, en définitive, invitée à répondre aux questions préjudicielles suivantes :

1) Le droit de l'Union et, en particulier, les articles 3, paragraphes 3 et 3 *bis*, 8 et 9 de la directive 2002/21/CE¹, telle que modifiée par la directive 2009/140/CE², ainsi que les articles 5, 6, 8, 9 et 45 de la directive (UE) 2018/1972³, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à un système comme celui introduit en droit italien par l'article 1^{er}, paragraphe 1031 *bis*, de la loi de finances 2018, tel qu'inséré par l'article 1^{er}, paragraphe 1105, de la loi de finances 2019, dans la mesure où ce système prive l'autorité administrative indépendante de ses fonctions de régulation, ou les limite sensiblement en tout état de cause, en prévoyant que l'attribution d'une capacité de transmission supplémentaire est effectuée au moyen d'une procédure à titre onéreux avec attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse et participation des opérateurs historiques dominant le marché ?

2) Le droit de l'Union et, en particulier, les articles 8 et 9 de la directive 2002/21/CE, les articles 3, 5, 7 et 14 de la directive 2002/20/CE⁴, les articles 2 et 4 de la directive 2002/77/CE⁵, les considérants 11 et 20 de la

¹ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») (JO L 108, page 33).

² Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (JO L 337, page 37).

³ Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2018, établissant le code des communications électroniques européen (JO L 321, page 36).

⁴ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation ») (JO L 108, page 21).

⁵ Directive 2002/77/CE de la Commission, du 16 septembre 2002, relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (JO L 249, page 21).

décision (UE) 2017/899 ⁶, ainsi que les principes d'équité, de non-discrimination, de protection de la concurrence et de la confiance légitime doivent-ils être interprétés en ce sens qu'il s'opposent à un système tel que celui introduit par la législation nationale pertinente (article 1^{er}, paragraphes 1030, 1031, 1031 *bis*, 1031 *ter* et 1032 de la loi n° 205/2017), par les décisions 39/19/CONS, 128/19/CONS et 564/2020/CONS de l'AGCOM, ainsi que par les décisions correspondantes portant attribution des droits d'utilisation des fréquences pour le service de télévision numérique, dans la mesure où, aux fins de la conversion « *des droits d'utilisation des fréquences* » en « *droits d'utilisation de la capacité de transmission* », ce système ne prévoit pas de conversion par équivalent, mais réserve une partie de la capacité de transmission à une procédure à titre onéreux, en imposant des coûts supplémentaires à l'opérateur désireux de sécuriser la préservation de ses prérogatives légitimement acquises au fil du temps ?

3) Le droit de l'Union et, en particulier, les articles 8 et 9 de la directive 2002/21/CE, les articles 3, 5, 7 et 14 de la directive 2002/20/CE, les articles 2 et 4 de la directive 2002/77/CE, les considérants 11 et 20 de la décision(UE) 2017/899, les principes d'équité, de non-discrimination, de protection de la concurrence et de la confiance légitime, ainsi que les principes de proportionnalité et d'adéquation doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à un système tel que celui introduit en droit italien par l'article 1^{er}, paragraphes 1101 à 1108 de la loi de finances 2019, par l'article 1^{er} paragraphes 1030, 1031, 1031 *bis*, 1031 *quater*, 1032, 1033, 1034 et 1037 de la loi de finances 2018, par les décisions 39/19/CONS (PNAF), 128/19/CONS et 129/19/CONS de l'AGCOM et par les décisions correspondantes portant attribution des droits d'utilisation des fréquences pour le service de télévision numérique, en ce que ce système ne comporte pas de mesures de nature structurelle [et –] même en présence de mesures compensatoires et/ou de rééquilibrage non structurelles – pour remédier à la situation d'inégalité constituée précédemment, prévoit une procédure à titre onéreux imposant à un opérateur des coûts et charges supplémentaires, et ces normes du droit [de l'Union], au vu, en particulier, des principes de proportionnalité et d'adéquation, ainsi que des principes posés par l'arrêt du 26 juillet 2017, *Persidera* (C-112/16, EU:C:2017:597), font-elles obstacle à un système tel que celui rapporté, également au vu de l'évolution générale du système et de ses « *anomalies* », « *lacunes* » et « *irrégularités* » constatées par la jurisprudence nationale et supranationale et relevées dans la motivation de la présente ordonnance, ou bien, au contraire, les mesures de nature non structurelle adoptées par l'AGCOM pour rééquilibrer le système sont-elles suffisantes ?

87. [OMISSIS] [Considérations d'ordre procédural]

PAR CES MOTIFS

⁶ Décision (UE) 2017/899 du Parlement européen et du Conseil, du 17 mai 2017, sur l'utilisation de la bande de fréquences 470-790 MHz dans l'Union (JO L 138, page 131).

Le Consiglio di Stato, siégeant au contentieux (sixième chambre) :

- i) joints les appels énoncés en exergue [OMISSIS] ;
- ii) soumet à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles exposées dans les motifs de la présente ordonnance ;
- iii) [OMISSIS]
- iv) suspend la procédure [OMISSIS].

Prononcé à Rome [OMISSIS], le 28 septembre 2023 [OMISSIS]

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL