

Affaire C-765/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

12 décembre 2023

Juridiction de renvoi :

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

Date de la décision de renvoi :

1^{er} décembre 2023

Partie requérante :

Europa way Srl

Parties défenderesses :

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Presidenza del Consiglio dei ministri

Ministero dell'Economia e delle Finanze

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 [OMISSIS] introduite par

Europa way Srl [OMISSIS] ;

contre

Autorità per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, Rome, présidence du Conseil des ministres, ministère de l'Économie et des Finances [OMISSIS] ;

Ministère du développement économique [OMISSIS] ;

en présence de

RAI – Radiotelevisione Italiana SpA [OMISSIS] ;

Persidera SpA A Socio Unico [OMISSIS] ;

Cairo Network Srl, Premiata Ditta Borghini & Stocchetti di Torino Srl, Prima Tv SpA et 3lettronica Industriale [OMISSIS] ;

Mediaset SpA et Elettronica Industriale SpA [OMISSIS] ;

ayant pour objet la réformation

du jugement du Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (troisième chambre) n° 2213/2021 prononcé entre les parties.

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Visas]

1 Exposé sommaire de l'objet du litige et des faits pertinents

1.1 Par le présent appel, la société Europa way a attaqué le jugement n° 2213/2021 du Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium, Italie, ci-après le « **TAR Lazio** ») rejetant ses griefs initiaux dirigés contre les actes relatifs au Plan national d'attribution des fréquences (ci-après le « **PNAF** ») destinées au service de la télévision numérique terrestre, contre l'ouverture de la procédure aux fins de la définition des modalités régissant l'attribution de la capacité de transmission supplémentaire disponible au niveau national et des fréquences terrestres et contre l'avis public relatif à l'attribution des droits d'utilisation des fréquences pour le service de la télévision numérique terrestre. Europa way a également demandé la réparation de son préjudice.

1.2 Les procédures d'adoption des décisions contestées en première instance trouvent leur origine dans l'application des dispositions des lois de finances 2018 (loi n° 205, du 27 décembre 2017) et 2019 (loi n° 145, du 30 décembre 2018), ayant pour objet l'attribution des fréquences de la bande 700 Mhz aux fins du développement du réseau 5G et, plus généralement, un redéploiement complet du cadre de la radiodiffusion et visant également à remédier aux illégalités antérieures constatées à l'issue d'instances précédemment engagées par Europa way [ce qu'il est convenu d'appeler le « *refarming* » (reconfiguration) des fréquences [OMISSIS], terme [OMISSIS] définissant la transition d'une

technologie à une autre et évoquant le renouvellement du droit d'utilisation sur la nouvelle technologie].

[1.3] Les recours introduits devant la juridiction administrative de première instance ont été rejetés.

1.4 [OMISSIS] L' appelante a développé les moyens d'appel suivants :

– erreur consistant dans la violation et l'application erronée des 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 *** [OMISSIS], également en relation avec le considérant 13 de cette dernière directive, dans le défaut d'instruction et de motivation, ainsi que dans la contradiction de motifs, en ce que les premiers juges ont adopté une interprétation réductrice du principe d'indépendance des ARN et se sont alignés sans réserve sur la position des administrations intimées ;

– erreur constituée par la violation et l'application erronée des articles 8 et 9 de la directive-cadre, des articles 3, 5 et 7 de la directive « autorisation » **** [correspondant aux articles 3, 4, 12, 13, 25, 45, 46, 48, 49, 52 et 55 et considérants 34, 37, 107, 125 et 129 de la directive (UE) 2018/1972], ainsi que des articles 2 et 4 de la directive « concurrence » *****, par la méconnaissance des principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité et par un excès de pouvoir commis à plusieurs égards, dans la mesure où les réseaux détenus illégalement par les opérateurs déjà présents sur le marché ont été convertis et assimilés aux réseaux légalement exploités, où le principe de continuité de l'offre n'a pas été garanti, en ce qu'Europa way a subi

* Ndt : 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).

** Ndt : 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 : 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).

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

une réduction de la moitié de sa fréquence, à l'instar de ses concurrents, bien qu'elle ait déjà exploité depuis des années son réseau en technologie DVB-T2 ;

– illégalités similaires en ce que les premiers juges ont rejeté le troisième moyen du recours invoqué par Europa way relativement à l'indivisibilité des multiplex ;

– erreur résidant dans la violation et/ou l'application erronée de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du principe d'effectivité et du droit à un procès équitable [OMISSIS].

[OMISSIS].

[OMISSIS] [Aspects de droit national du litige dénués de pertinence].

Une demande d'indemnisation a été également introduite.

L'autorité sectorielle, la présidence du Conseil des ministres, le ministère de l'Économie et des Finances, la RAI, Mediaset et [E]lettronica Industriale se sont constitués à la procédure et, en réponse à l'ensemble des griefs formulés, ont conclu à l'irrecevabilité et au rejet de l'appel. Les autres parties intimées ne se sont pas constituées à la procédure.

[OMISSIS].

Il a été décidé par ordonnance [OMISSIS] qu'une instruction [OMISSIS] serait diligentée afin d'obtenir de l'Autorité et du ministère des Entreprises et du Made in Italy, un rapport explicatif devant :

i) indiquer si et selon quelles modalités l'Autorité a [OMISSIS] donné exécution, d'une façon générale, à l'autorité de chose jugée revêtue par l'arrêt de la Cour 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 déjà présents* » sur le marché télévisuel italien (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) préciser, 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 ;

[OMISSIS].

iv) révéler s'il a été tenu compte de manière différenciée, et dans quelles conditions, 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 ;

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Points iii), v) e vi) sans pertinence]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Etapas procédurales]

1.5 Par la présente ordonnance, la Cour est saisie d'une demande de décision préjudicielle sur les questions soulevées par l'appelante.

2 Conditions du renvoi préjudiciel

2.1 [OMISSIS]

[OMISSIS] [Sur l'obligation de renvoi préjudiciel au titre de l'article 267 TFUE]

2.2 En premier lieu, les questions préjudicielles soulevées en l'espèce sont pertinentes en première analyse, puisque les moyens d'appel portent directement sur la légalité des actes attaqués.

En deuxième lieu, les dispositions invoquées par l'appelante et appliquées en l'espèce ont été chronologiquement adoptées à la suite d'un litige résolu également en considération d'un arrêt antérieur de la Cour de justice, de sorte qu'il y a lieu de soumettre à son contrôle la conformité contestée des actes litigieux aux principes posés par cet arrêt et aux dispositions du droit de l'Union, eu égard par ailleurs aux modifications du cadre réglementaire national, dont la compatibilité avec les dispositions précitées du droit de l'Union apparaît, en effet, assez douteuse.

2.3 En troisième lieu, il n'existe pas de précédents précis et il est également impossible d'admettre, à la lumière des arrêts de la Cour (arrêts du 6 octobre 1982, CILFIT, C-283/81, EU:C:1982:335, et du 19 avril 2018, Consorzio Italian Management et Catania Multiservizi, C-152/17, EU:C:2018:264), l'existence d'un cas où la juridiction statuant en dernière instance est libérée de son obligation de renvoi.

[OMISSIS].

[OMISSIS] [Résumé de ces cas retenus par la jurisprudence de la Cour aux fins de l'interprétation de l'article 267 TFUE].

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Questions de procédure dépourvues de pertinence en l'espèce)

À la lumière de la jurisprudence Cilfit, la chambre de céans s'estime donc tenue de soumettre à la Cour les questions d'appréciation de légalité du droit national au regard du droit [de l'Union], qu'Europa way a soulevées dans son recours initial.

2.5. Cadre tracé par la jurisprudence constitutionnelle relative au système italien de radiodiffusion

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle italienne permet de constater l'existence d'une situation de « déséquilibre » entre opérateurs par rapport à Mediaset et à la RAI, résultant, à l'origine, de la violation des seuils de concentration établis par la législation italienne. Ces seuils n'ont jamais été supprimés par des mesures structurelles, c'est-à-dire par transfert de réseaux à d'autres opérateurs, mais ils ont fait l'objet [OMISSIS] de diverses mesures de rééquilibrage dont la Cour de justice se doit d'apprécier l'adéquation, ayant été déjà saisie dans le passé de litiges survenus à propos du marché italien de la télévision.

[OMISSIS]

2.6. Violation antérieure du droit des marchés publics au détriment d'Europa way, adjudicataire de l'appel à candidatures aux fins de la concession de fréquences de télévision analogique

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 7 juin 2012 [OMISSIS], Centro Europa 7 srl et Di Stefano c. Italie, illustre les questions complexes affrontées par le radiodiffuseur désormais dénommé Europa way dans les efforts qu'il a déployés pour obtenir l'attribution de fréquences de radiodiffusion télévisuelle dans le cadre des appels à candidatures lancés par l'administration italienne sous l'empire du régime des concessions, soit avant le passage à la transmission numérique terrestre, qui a élargi les capacités de transmission.

Après avoir participé à la procédure prévue à l'article 3, paragraphe 2, de la loi n° 249/1997, la société « Centro Europa 7 » a obtenu, par décret ministériel du 28 juillet 1999, une concession de radiodiffusion télévisuelle au niveau national, qui l'habilitait à établir et à exploiter un réseau national de radiodiffusion télévisuelle en mode analogique couvrant 80 % du territoire national. Pour la délivrance effective des fréquences nécessaires à l'exploitation du réseau, la concession renvoyait aux dispositions du plan national d'attribution des radiofréquences que l'Autorité avait adopté le 30 octobre 1998, mais qui, comme on sait, n'a jamais été mis en œuvre, en raison de la prorogation de l'application du régime transitoire au titre de l'article 3, paragraphes 6 et 7, de la loi n° 249/1997, précitée. Les dispositions transitoires prévoyaient que les exploitants de radiodiffusion télévisuelle au niveau national excédant les limites fixées à l'article 2, paragraphe 6, de la loi n° 249 (interdisant à tout opérateur de contrôler, directement ou indirectement, plus de 20 % des réseaux nationaux de radiodiffusion télévisuelle ou radiophonique) étaient provisoirement autorisés à

« poursuivre, à titre transitoire, après le 30 avril 1998, l'exploitation des réseaux dépassant ces mêmes limites, à la seule condition que les émissions soient diffusées « en même temps sur des radiofréquences terrestres et par satellite ou par câble » (article 3, paragraphe 6). Ces dispositions transitoires confiaient à l'AGCOM la tâche de fixer, « en fonction du développement effectif et approprié de l'utilisation des programmes télévisuels et radiophoniques par satellite et par câble », le délai dans lequel les programmes des chaînes dites « excédentaires » seraient émis « exclusivement par satellite ou par câble » (article 3, paragraphe 7).

L'AGCOM a mis plusieurs années avant de fixer ce délai, de sorte que « Centro Europa 7 », bien que titulaire d'une concession, s'est trouvée dans l'impossibilité d'émettre, en raison de l'absence d'attribution des fréquences. Cette situation a perduré même après que la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle, Italie) ait jugé par arrêt n° 466/2002, que l'abandon définitif des fréquences terrestres par les chaînes dites « excédentaires » (condition de la réattribution de ces fréquences aux opérateurs titulaires des concessions de 1999, y compris « Centro Europa 7 »), devait intervenir au terme d'un délai de rigueur expirant le 31 décembre 2003.

C'est, en effet, par décret-loi n° 352/2003, converti en loi n° 43/2004, que le gouvernement a tout d'abord reporté l'échéance, en violation des prescriptions de la Corte Costituzionale [OMISSIS]. Par la suite, en édictant un nouveau régime de radiodiffusion télévisuelle reposant sur la transition (réputée imminente) à la technologie numérique terrestre, la loi n° 112/2004 (dite « loi Gasparri ») a complètement redéfini à la fois les règles régissant les limites des concentrations et la réglementation de la période transitoire, contournant par là-même les prescriptions de la Corte Costituzionale, du fait du nouveau cadre technologique, mais en produisant un effet de « pérennisation » de la situation « historique » précitée, constamment évoquée dans les divers litiges qui se sont succédé en la matière.

Dans l'attente de la fixation de la date limite du passage de l'analogique aux technologies de substitution, la société a introduit à la fin de 2003 une nouvelle procédure [OMISSIS].

[OMISSIS] [Faits et procédure relatifs au contentieux sous examen].

Le 19 avril 2005, le Consiglio di Stato a constaté que l'absence d'attribution des radiofréquences résultait essentiellement d'une succession d'actes législatifs (depuis l'article 3, paragraphe 7, de la loi n° 240/1997 au décret-loi n° 352/2003 et jusqu'à la loi n° 112/2004), dont certains avaient été édictés en méconnaissance de l'arrêt de 2002 de la Corte Costituzionale. Le Consiglio di Stato a donc décidé (par ordonnance VI 19/7/2005 n° 3846) de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en appréciation de la conformité d'une telle situation à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après la « CEDH »), en tant que norme de référence de l'article 6 TUE, ainsi qu'aux dispositions du traité relatives à la libre prestation des services et à la concurrence et aux dispositions

des directives 2002/21/CE (« directive-cadre »), 2002/20/CE (directive « autorisation ») et 2002/77/CE (directive « concurrence »), dans la mesure de leur applicabilité *ratione temporis*.

La Cour s'est prononcée sur le renvoi préjudiciel, comme on le sait, par arrêt du 31 janvier 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59). Après avoir estimé irrecevables certaines questions préjudicielles, elle a confirmé la recevabilité de celles qui concernaient respectivement l'article 49 CE et les dispositions de la directive-cadre (article 9, paragraphe 1), de la directive « autorisation » (article 5, paragraphes 1 et 2, et article 7, paragraphe 3) et de la directive « concurrence » (article 4). Elle a dit pour droit que ces normes « s'opposent, en matière de radiodiffusion télévisuelle, à une législation nationale dont l'application conduit à ce qu'un opérateur titulaire d'une concession soit dans l'impossibilité d'émettre à défaut de radiofréquences d'émission octroyées sur la base de critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés »*. En revanche, la Cour a prononcé le non-lieu à statuer sur la question relative à l'article 10 de la CEDH, en relevant que le constat d'une violation du droit de l'Union permettait à lui seul au Consiglio di Stato de statuer sur la demande en indemnisation du préjudice subi.

Tout en évitant de se prononcer sur la violation alléguée de l'article 10 de la CEDH, la Cour a ainsi clairement constaté la contrariété au droit de l'Union de la répartition des fréquences aux fins des activités de radiodiffusion télévisuelle en vigueur en Italie. L'impact de l'arrêt de la Cour a été renforcé dans la mesure où, par lettre de mise en demeure du 25 juillet 2006 et avis motivé du 18 juillet 2007, la Commission avait entre-temps ouvert parallèlement une procédure d'infraction (n° 2005/5086) à l'encontre de l'Italie pour défaut de mise en conformité aux prescriptions du droit de l'Union de sa législation relative à la radiodiffusion télévisuelle.

Postérieurement à la décision de la Cour, le Consiglio di Stato, tout en s'estimant dans l'impossibilité de se substituer au gouvernement dans l'attribution directe des fréquences, a confirmé par arrêt du 31 mai 2008 l'obligation de l'administration de donner suite, conformément aux critères définis par la Cour de justice, à la demande d'attribution de fréquences alors présentée par la requérante. L'administration a finalement décidé de proposer à *Centro Europa 7* la concession d'une chaîne de télévision nationale, à compter du 30 juin 2009. À la suite de cette décision et des accords subséquents conclus entre le ministère et la société avec effet au 30 juin 2009, soit environ 10 ans après l'octroi de la concession, *Centro Europa 7* a pu commencer à exploiter une chaîne de télévision nationale.

Bien que n'étant pas d'actualité, ce litige s'inscrit dans l'historique du présent contentieux qui se déroule toutefois dans un cadre réglementaire très différent.

2.7 Indemnisation d'*Europa way*

* Ndt : Point 116 de l'arrêt *Centro Europa 7*, C-380/05.

Ces circonstances et les difficultés rencontrées dans la mise en service de ses installations ont conduit Europa way à intenter également, avec succès, des actions en indemnisation contre l'administration italienne. [OMISSIS]

3 *Première procédure concernant la situation d'Europa way lors du passage au numérique terrestre*

3.1 Le présent litige – qui porte sur le passage de la technologie numérique au 5 G (dit « reconfiguration ») a connu un précédent qu'il convient de résumer, le contentieux du passage au numérique.

Le précédent litige se rapportait au Plan national d'attribution des fréquences destinées au service de la télévision numérique terrestre.

3.2 La transition vers le numérique a débuté en Italie, alors qu'une procédure en constatation de manquement à son encontre était en cours depuis 2006, au sujet de la compatibilité avec les dispositions de la directive-cadre et des directives « autorisation » et « concurrence » de la réglementation italienne régissant l'exploitation des radiofréquences de radiodiffusion télévisuelle, la transition vers le numérique et l'attribution des radiofréquences numériques [OMISSIS]. Dans son avis motivé du 19 juillet 2007, la Commission a relevé en substance qu'en ne permettant qu'aux opérateurs qui diffusaient déjà au moyen de la technique analogique d'accéder au marché de la radio et de la télévision numériques, cette réglementation soustrayait les intéressés à la concurrence sur ce marché. Le gouvernement italien a adopté plusieurs mesures destinées à mettre ladite réglementation en conformité avec le droit de l'Union.

3.3 C'est dans ce contexte que l'AGCOM a adopté la décision 181/09/CONS, du 7 avril 2009, ultérieurement convertie en texte de valeur législative par la loi n° 88, du 7 juillet 2009. Par cette décision, l'AGCOM a fixé les critères de la numérisation intégrale des réseaux de télévision terrestres.

Cette décision prévoyait notamment l'attribution de 21 multiplex nationaux, qui permettent de regrouper différents signaux en un flux de données commun et de véhiculer simultanément plusieurs services de télévision numérique terrestre. Ces multiplex ont été ventilés en trois groupes à attribuer selon des critères différents, aux fins de leur répartition entre les nouveaux exploitants, les opérateurs qui avaient créé des réseaux numériques et ceux qui exploitaient déjà des réseaux analogique. Il était en outre prévu qu'aucun opérateur ne puisse obtenir plus de cinq multiplex nationaux au terme de la procédure de sélection.

En particulier, les radiofréquences disponibles issues du « dividende numérique » (c'est-à-dire les fréquences disponibles postérieurement à l'attribution des fréquences à tous les opérateurs) devaient être allouées gratuitement aux opérateurs remplissant les conditions fixées, au terme d'une procédure de sélection organisée selon un modèle qualifié de « concours de beauté ».

Ce « concours de beauté » portait initialement sur cinq multiplex, c'est-à-dire des signaux capables chacun de véhiculer plusieurs services de télévision numérique terrestre à la fois. Ces multiplex étaient regroupés en deux parties. Les trois multiplex de la partie A étaient réservés aux nouveaux entrants et aux petits opérateurs. Ils ne pouvaient pas être attribués à Radiotelevisione Italiana SpA (RAI), à Mediaset ni à Telecom Italia Media Broadcasting, devenue Persidera. La partie B correspondait à deux multiplex ouverts à tous les soumissionnaires, dans la limite d'un seul multiplex pour RAI et Mediaset, en raison de la situation particulière du marché rappelée précédemment.

3.4 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 susvisés faisant l'objet du « concours de beauté ».

L'appel à candidatures a été publié le 8 juillet 2011 par le ministre du Développement économique (ci-après également le « MiSE »). Europa Way et Persidera ont été admises à participer à la procédure. Chacune de ces sociétés était respectivement le seul soumissionnaire pour un multiplex spécifique, étant précisé que Persidera avait concouru pour l'attribution de trois multiplex.

3.5 Par décret du 20 janvier 2012, le MiSE a suspendu le « concours de beauté » [OMISSIS], qui devait être remplacé par une procédure de sélection publique à titre onéreux, fondée sur un système d'enchères selon les priorités et les critères définis par l'AGCOM. Les opérateurs ayant participé au concours devaient être indemnisés.

3.6 Après avoir procédé à une consultation publique, l'AGCOM a adopté la décision 277/13/CONS, du 11 avril 2013, contenant 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 télévisuelle numérique terrestre, et elle a fixé à trois le nombre de multiplex à attribuer. Seuls les nouveaux entrants et les petits opérateurs, à l'exclusion des opérateurs disposant déjà d'au moins trois multiplex, pouvaient se porter candidats pour ces multiplex.

L'appel à candidatures a été publié le 12 février 2014. Ni Europa Way ni Persidera n'ont participé à la procédure.

4 *L'instance précédente*

Europa way et Persidera ont demandé au TAR Lazio l'annulation du « concours de beauté » et son remplacement par une procédure de sélection à titre onéreux.

4.1 Dans le cadre du contentieux, la Cour, saisie d'un renvoi préjudiciel par le Consiglio di Stato statuant sur l'appel interjeté contre le jugement de rejet du

TAR Lazio, a prononcé l'arrêt du 26 juillet 2017, Europa way et Persidera (C-560/15, EU:C:2017:593) disant pour droit :

« 1) L'article 3, paragraphe 3 bis, de la [directive 2002/21/CE], telle que modifiée par la [directive 2009/140/CE], doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'annulation, par le législateur national, d'une procédure de sélection pour l'attribution des radiofréquences en cours organisée par l'autorité réglementaire nationale compétente dans des circonstances telles que celles du litige au principal, qui a été suspendue par une décision ministérielle.

2) L'article 9 de la directive 2002/21, telle que modifiée par la directive 2009/140, les articles 3, 5 et 7 de la [directive 2002/20/CE] (directive "autorisation"), telle que modifiée par la directive 2009/140, ainsi que les articles 2 et 4 de la [directive 2002/77/CE], doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une procédure gratuite de sélection pour l'attribution des radiofréquences, qui avait été lancée pour remédier à l'exclusion illégale de certains opérateurs du marché, soit remplacée par une procédure à titre onéreux fondée sur un plan remanié d'attribution des radiofréquences après une limitation de leur nombre, pour autant que la nouvelle procédure de sélection [soit] fondée sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés et [soit] conforme aux objectifs définis à l'article 8, paragraphes 2 à 4, de la directive 2002/21, telle que modifiée. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, au regard de toutes les circonstances pertinentes, si les conditions fixées par la procédure de sélection à titre onéreux sont de nature à permettre une entrée effective de nouveaux entrants sur le marché de la télévision numérique sans indûment favoriser les opérateurs déjà présents sur le marché de la télévision analogique ou numérique.

3) Le principe de protection de la confiance légitime doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à l'annulation d'une procédure de sélection pour l'attribution des radiofréquences au seul motif que des opérateurs, tels que les requérantes au principal, avaient été admis à cette procédure et se seraient, en tant que seuls soumissionnaires, vu attribuer des droits d'utilisation de radiofréquences de diffusion numérique terrestre pour la radio et la télévision si la procédure n'avait pas été annulée ».

4.2 Par décision parallèle, également prononcée le 26 juillet 2017 (Persidera, C-112/16, EU:C:2017:597) dans l'affaire au principal introduite par Persidera, la Cour a également dit pour droit :

« 1) L'article 9 de la 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 »), telle que modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, les articles 3, 5 et 7 de la 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 »), telle que

modifiée par la directive 2009/140, ainsi que les articles 2 et 4 de la 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, 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.

2) 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. »

4.3 À la suite des décisions précitées, le Consiglio di Stato a rendu l'arrêt n° 5929, du 16 octobre 2018, jugeant que :

[OMISSIS].

[OMISSIS] [Résumé des motifs pertinents des arrêts cités de la Cour]

« 6.3. Il s'ensuit que la juridiction de céans [OMISSIS] est tenue d'écarter les dispositions de l'article 3 quinquies du décret-loi n° 16/2012, converti, avec modifications, en loi n° 44/2012, en raison de sa contrariété à l'article 3, paragraphe 3 bis, de la directive-cadre et de l'illégalité corrélative de tous les actes administratifs par lesquels le [MiSE] et l'Autorité ont, respectivement, en application de ce dispositif réglementaire, tout d'abord suspendu et annulé la procédure du concours de beauté, puis lancé la procédure à titre onéreux sans que l'Autorité ait pu procéder, conformément à ses prérogatives, à sa propre appréciation, indépendante de la volonté exprimée par le législateur pour réglementer un domaine où il n'aurait pas pu intervenir en dehors des exceptions admises par le droit de l'Union (le contrôle et, naturellement, l'intervention des instances de recours visées à l'article 4 de la directive-cadre), mais inapplicables en l'espèce, s'agissant spécifiquement de la situation de l'État italien.

6.4. À cet égard, la chambre ne peut que rappeler, en effet, qu'il existe une véritable réserve d'autonomie administrative garantissant aux ARN un cadre réglementaire soustrait à l'intervention des autorités politiques, précisément pour

assurer l'indépendance de la fonction réglementaire et la prévisibilité des décisions pertinentes.

6.5. C'est, au demeurant, justement à cette fin qu'en adoptant le décret législatif n° 70/2012, le législateur national a entendu renforcer dans ce domaine spécifique l'indépendance de l'AGCOM, en insérant, après le paragraphe 3 de l'article 7 du code des communications électroniques, les paragraphes 3 bis et 3 ter, relatifs à l'indépendance et aux pouvoirs de réglementation de l'Autorité.

6.6. En particulier, l'article 7, paragraphe 3 bis, du décret législatif n° 259/2003, tel que modifié par le décret législatif n° 70/2012, portant modification du Code en application de la directives 2009/140/CE, relative aux réseaux et services de communications électroniques, et la directive 2009/136/CE, relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée, dispose que l'Autorité exerce « ses pouvoirs de manière impartiale, transparente et au moment opportun ».

6.7. En outre, en vertu du paragraphe 3 ter suivant, l'Autorité dispose de ressources financières et humaines appropriées pour accomplir les tâches qui lui sont assignées et "agit en toute autonomie et ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucun autre organisme dans l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées".

6.8. Le Consiglio di Stato, en sa qualité d'organe consultatif, n'a déjà pas manqué lui-même de rappeler, précisément à propos des pouvoirs exercés par l'AGCOM dans ce domaine extrêmement délicat, 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].

6.9 [OMISSIS] [Introduction aux dispositions suivantes, objet des différentes annulations].

7. Il y a donc lieu d'annuler :

a) la décision du [MiSE], du 8 mai 2012, portant communication de l'« annulation prononcée par voie législative de l'appel à candidatures publié au Journal officiel du 8 juillet 2011 et de son cahier des charges » [OMISSIS] ;

b) la décision 277/13/CONS de l'AGCOM, portant « définition de la procédure d'attribution des fréquences disponibles de la bande télévisuelle pour des systèmes de radiodiffusion numérique terrestre et les mesures aptes à assurer des conditions de concurrence effective et à protéger le pluralisme » ; [OMISSIS] ;

c) *la décision 451/13/CONS de l'AGCOM, du 18 juillet 2013, « portant révision du plan d'attribution des fréquences pour le service de télévision terrestre en technologie numérique pour les réseaux nationaux »* [OMISSIS].

d) *la décision 631/13/CONS de l'AGCOM, du 15 novembre 2013, « portant modification de la décision 451/13/CONS “relative à la révision du plan d'attribution des fréquences pour le service de télévision terrestre en technologie numérique pour les réseaux nationaux, au sens de la décision 300/10/CONS” », [pour partie]* [OMISSIS].

7.1. *Par contre, il n'y a pas lieu d'annuler* [Liste sans pertinence ici][OMISSIS].

4.4 Par la suite, par décision 136/19/CONS, du 18 avril 2019 (publiée le 24 avril 2019), « portant confirmation de la procédure à titre onéreux visée par la décision 277/13/CONS pour l'attribution des fréquences disponibles de la bande télévisuelle pour des systèmes de radiodiffusion numérique terrestre », l'AGCOM a confirmé la procédure à titre onéreux, sur le fondement des considérations suivantes : [OMISSIS].

Au vu [de] l'objectif budgétaire spécifique fixé par le législateur dans l'exercice de ses prérogatives légitimes, la procédure à titre gratuit prévue par la décision 497/10/CONS ne peut être confirmée en l'espèce par l'Autorité [OMISSIS].

[OMISSIS] *L'Autorité s'estime donc tenue de confirmer la substitution de la procédure à titre onéreux à la procédure à titre gratuit.*

[OMISSIS].

4.5 Europa way a formé un recours contre cette décision, en faisant tout d'abord valoir qu'elle aurait violé/contourné l'autorité de chose jugée de l'arrêt n° 5929/2018 du Consiglio di Stato, dans la mesure où l'Autorité, loin de procéder à une appréciation indépendante des intérêts publics en cause, se serait limitée à rappeler l'objectif budgétaire fixé par le législateur, au lieu d'apprécier en toute autonomie la meilleure solution permettant de protéger les intérêts publics dont elle est garante (en faisant abstraction des choix du législateur). En outre, la décision ne comporterait aucune trace d'une quelconque appréciation des intérêts publics autres que la protection des finances publiques ni, en particulier, de la nécessité de protéger et de garantir le pluralisme de la radiodiffusion télévisuelle. En particulier, l'Autorité aurait complètement omis d'examiner si la procédure de sélection gratuite était ou non la meilleure solution pour favoriser l'entrée de nouveaux opérateurs et le développement des petits opérateurs.

4.6. Le Consiglio di Stato a donc rejeté la demande en exécution de l'arrêt dans les termes suivants, par arrêt n° 6622, du 3 octobre 2019 :

« La réglementation et les principes du droit de l'Union entendent précisément éviter - ce qui a conduit la chambre à écarter l'application de la disposition

nationale citée à plusieurs reprises - que le législateur puisse, par voie de “lois destinées à régir des situations individuelles”, c’est-à-dire par voie de sources contenant des règles impératives au contenu concret et ponctuel, s’immiscer dans un domaine où l’indépendance de l’évaluation est au contraire déterminante pour la réalisation effective des objectifs du cadre réglementaire de l’Union.

En l’espèce, la décision adoptée par l’AGCOM ne résulte pas d’une contrainte systémique, mais de la conviction que l’intérêt financier, déjà exprimé par le législateur, est un intérêt digne de considération, a fortiori dans un cadre réglementaire de l’Union où il est constant que le caractère onéreux de la procédure d’attribution de la fréquence ne constitue pas un facteur susceptible d’affecter la réalisation effective des objectifs fixés.

La Cour de justice, comme cela a déjà été clairement établi dans l’arrêt à exécuter, a en effet estimé que 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 ne s’opposent pas à ce qu’une procédure de sélection gratuite d’attribution des radiofréquences, visant à remédier à l’exclusion illégale de certains opérateurs du marché, soit remplacée par une procédure à titre onéreux fondée sur un plan réaménagé d’attribution des radiofréquences après réduction de leur nombre, pour autant que la nouvelle procédure de sélection soit fondée sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés et qu’elle soit conforme aux objectifs définis à l’article 8, paragraphes 2 à 4, de la directive-cadre.

Vu le défaut de pertinence, aux fins du respect du cadre réglementaire de l’Union, de la nature gratuite ou à titre onéreux de la procédure d’attribution, il est évident que l’intérêt financier, déjà exprimé par l’État, est devenu un élément décisif pour l’AGCOM, non parce qu’il est contraignant, mais parce qu’il existe objectivement et se révèle pertinent et susceptible d’évaluation.

5.2. Le grief tiré de l’absence d’instruction est tout aussi infondé. L’arrêt à exécuter a prescrit [OMISSIS], en cas de confirmation du recours à la procédure à titre onéreux, qu’“en tenant compte, en tout état de cause, des évolutions technologiques, des interventions réglementaires en la matière et de la situation actuelle du marché pertinent, l’Autorité se conformera aux indications fournies par la Cour dans ses arrêts du 26 juillet 2017, Europa way et Persidera (C-560/15, EU:C:2017:593) et Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597) et, en particulier, vérifiera si le remplacement de la procédure gratuite par la procédure à titre onéreux n’est pas en soi contraire au droit [de l’Union] et si le déroulement concret de cette dernière a reposé sur des critères d’objectivité, de transparence et de non-discrimination favorisant, au lieu de décourager, l’arrivée de nouveaux entrants ou de petits opérateurs sur le marché télévisuel, également dans le cadre de la planification élargie diligentée, aux fins de l’attribution des fréquences de télévision numérique, au cours des dernières années et jusqu’à ce jour”.

Sur ce point, l'AGCOM s'est essentiellement limitée à émettre une conclusion positive sur l'aptitude de l'appel à candidatures à garantir une participation des concurrents s'inspirant des principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité, en observant qu'il permettait aux nouveaux opérateurs de pénétrer effectivement sur le marché de la télévision numérique, sans avantager indûment les exploitants déjà présents sur le marché de la télévision analogique ou numérique.

[OMISSIS].

Il importe avant tout de rappeler que la décision 277/13/CONS avait été déjà adoptée au terme du dialogue mené avec la Commission en vue de mettre en œuvre les mesures convenues avec elle, afin d'assurer, au cours du processus de conversion numérique, l'entrée effective sur le marché de nouveaux opérateurs et le renforcement des petits opérateurs existants. C'est précisément dans cette optique que, par la décision précitée, l'Autorité [OMISSIS] a non seulement réaménagé la composition des lots mis en concurrence et exclu la participation des opérateurs déjà existants à la procédure de sélection, mais également déterminé le prix de base de la mise aux enchères, en fonction des capacités économiques des petites et moyennes entreprises et prévu, enfin, la possibilité d'échelonner le paiement du montant de l'adjudication. Par ailleurs, l'aptitude des conditions de la procédure à titre onéreux à permettre une entrée effective de nouveaux opérateurs sur le marché de la télévision numérique est [OMISSIS] également établie par l'attribution du lot de fréquences L3 (canaux 25 et 59) en faveur, précisément, d'un nouvel opérateur (Cairo Network).

[OMISSIS].

5.3 [OMISSIS] [Le moyen tiré de l'absence de consultation est rejeté comme infondé].

Il échet donc de rejeter le recours d'Europa way ».

Situation d'Europa way résultant de l'action de l'administration, telle qu'elle se présente également à la lumière du contentieux antérieur à la reconfiguration.

Le recours de première instance illustre la situation de fait qu'Europa way occupe sur le numérique terrestre en sa qualité de titulaire- en raison de l'attribution de la chaîne E8 VHF en SFN sur l'ensemble du territoire national [-] d'une chaîne diffusant selon la norme DVB-T2 [OMISSIS].

5 La nouvelle procédure.

5.1 Entre-temps, au niveau législatif et réglementaire, les articles 1^{er}, paragraphes 1026 et suivants de la loi de finances 2018 ont réglementé et

programmé, en exécution de la décision 2017/899 *, le processus qui conduira, au cours de la période quadriennale 2018-2022, d'une part, à l'attribution des fréquences de la bande 700 MHz (694 – 790 MHz) aux systèmes terrestres aptes à fournir des services de communication électronique à large bande sans fil et, d'autre part, à un redéploiement de la base du système de radio et de télévision sur la plateforme TNT (au niveau national et local), à la lumière de la dotation en ressources du spectre radio encore disponibles pour le service de diffusion (de 174 à 230 MHz et de 470 à 694 MHz).

5.2 En particulier, il a été prévu une série d'interventions de l'Autorité et du MiSE, relevant de leurs compétences respectives, selon une séquence temporelle précise déterminée par la même loi.

Plus précisément, l'article 1^{er}, paragraphe 1030, de la loi a prévu, aux fins de la nouvelle planification du spectre à des fins de diffusion, l'adoption par l'Autorité du plan national d'attribution des fréquences destinées au service de télévision numérique terrestre (dénommé le « PNAF 2018 »).

5.3 En application de la disposition précitée, l'Autorité a arrêté la décision 290/18/CONS relative au « Plan national d'attribution des fréquences destinées au service de radiodiffusion télévisuelle numérique terrestre (le PNAF 2018) ».

5.4 En outre, l'article 1^{er}, paragraphe 1031, de la même loi a prévu que, conformément aux objectifs de la politique audiovisuelle, nationale et de l'Union, de cohésion sociale, de pluralisme des moyens de communication et de diversité culturelle, et dans le but de gérer le spectre avec le maximum d'efficacité grâce à l'utilisation des technologies les plus avancées, les droits d'utilisation des fréquences actuellement détenus par les opérateurs de réseaux nationaux seraient convertis en droits d'utilisation de la capacité de transmission dans les multiplex nationaux nouvellement conçus en technologie DVB-T2, selon des critères définis par l'Autorité aux fins de l'attribution des droits d'utilisation des fréquences. L'Autorité a également été chargée d'établir les critères d'attribution, au niveau national, aux opérateurs de réseaux nationaux (nouveaux multiplex DVB-T2) des droits d'utilisation des fréquences de la bande 470-694 MHz UHF pour le service de télévision numérique terrestre, en tenant compte des critères définis dans la disposition précitée.

En application de la disposition en cause, l'Autorité a ouvert la procédure correspondante, par décision 182/18/CONS, du 11 avril 2018.

5.5 Or, la loi n° 145 portant dispositions pour l'établissement du « budget prévisionnel de l'État pour l'année 2019 et du budget pluriannuel pour la période

* Ndt : décision 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).

triennale 2019-2021 » (ci-après la « loi de finance 2019 ») a été publiée le 30 décembre 2018 au Journal officiel de la République italienne.

À cet égard, son article 1^{er}, paragraphes 1101 et suivants, a apporté d'importantes modifications au cadre réglementaire régissant la reconfiguration de la bande 700 MHz et l'aménagement du système de radiodiffusion (Texte unique sur les services de médias audiovisuels et loi de finances 2018), de sorte que l'Autorité et le MiSE ont dû reconduire les mesures déjà adoptées [décision 290/18/CONS définissant le PNAF 2018 ; décret du MiSE du 8 août 2018, établissant la « feuille de route » (« *roadmap* »)] ou actualiser et modifier les procédures encore en cours d'élaboration.

5.6 En particulier, la nouvelle loi prévoit en substance ce qui suit en matière de gestion et de planification corrélative du spectre radioélectrique :

- a) le dépassement de la réserve d'un tiers en faveur de la diffusion locale ainsi que l'attribution, dans le cadre du PNAF, à cette catégorie de diffusion, d'un plus grand nombre de fréquences dans la bande UHF pour la création de réseaux, dont au moins une couvrant au minimum 90 % de la population de la zone ;
- b) la création du multiplex contenant les informations régionales de la RAI, décomposable en macro-zones, dans la bande UHF au lieu de la bande III-VHF (comme prévu précédemment pour les besoins du PNAF 2018) ;
- c) la destination de la bande III-VHF à la radio numérique (DAB+) et uniquement, si nécessaire, à la télévision numérique terrestre.

S'agissant de la phase d'attribution des nouveaux multiplex DVB-T2 aux opérateurs nationaux, la disposition en cause a également prévu que 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 de la loi de finances 2018) et prévues par l'Autorité dans le PNAF, serait attribuée par procédure à titre onéreux, sans relance concurrentielle, dont l'ouverture par le MiSE était fixée au 30 novembre 2019, en application des procédures établies par l'Autorité pour le 30 septembre 2019 au plus tard, en vertu de l'article 29 du code des communications électroniques, visé dans le décret législatif n° 259, du 1^{er} août 2003, conformément aux principes et aux critères précisés par la même loi.

Enfin, d'autres dispositions de la loi de finances 2019 ont défini le nouveau calendrier des différentes interventions relevant de la compétence de l'Autorité et du MiSE, dans le but d'achever au 30 juin 2022 le processus de reconfiguration de la bande 700 MHz.

5.7 Sont également pertinentes aux fins du litige sous examen les autres dispositions édictées par la loi précitée, en particulier son paragraphe 1037, limitant la protection juridictionnelle à l'action en réparation par équivalent, à l'exclusion des recours de droit commun en annulation et en indemnisation en

nature : « [l]es litiges portant sur l'attribution des droits d'utilisation des fréquences, sur l'appel à candidatures et sur les autres procédures visées aux paragraphes 1026 à 1036, en particulier les procédures de libération des fréquences pour le service de télévision numérique terrestre, ressortissent à la compétence exclusive de la juridiction administrative et sont dévolus à la compétence fonctionnelle du TAR Lazio. En raison de l'intérêt national supérieur à la libération et à l'attribution rapides des fréquences, l'annulation des actes et des mesures adoptés dans le cadre des procédures visées aux paragraphes 1026 à 1036 n'emporte pas rétablissement de la situation antérieure ou réparation en nature, et l'éventuelle réparation du dommage due, le cas échéant, n'intervient que par équivalent. L'objet des mesures conservatoires est limité au paiement d'une provision ».

5.8 Sur le plan administratif, l'AGCOM a approuvé, par décision 39/2019, le plan national d'attribution des fréquences destinées au service de télévision numérique terrestre (PNAF) et a défini, par la décision 129/2019 subséquente, les « critères de conversion des droits d'utilisation des fréquences au niveau national pour le service numérique terrestre en droits d'utilisation de la capacité de transmission et pour l'attribution au niveau national des droits d'utilisation des fréquences planifiées, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1031, de la loi n° 205, du 27 décembre 2017 ».

5.9 Par le présent recours, l'appelante conteste la légalité de ces actes, au regard, également, des principes déjà posés par la Cour, en invoquant les motifs résumés ci-dessus au point 1 des présents motifs.

6 À l'issue de l'instruction, l'Autorité a répondu aux questions dans les termes suivants.

« 6.1 S'agissant de la première question posée sur le point de savoir si l'Autorité a ou non donné exécution à l'arrêt de la Cour du 26 juillet 2017 "lors de l'élaboration du PNAF présentement sous examen", une réponse négative ressort d'une série de considérations détaillées apparemment non conformes aux indications fournies au contentieux par la Cour de justice et le Consiglio di Stato : il convient de souligner que les plans nationaux d'attribution des fréquences élaborés par l'Autorité, y compris le Plan national d'attribution des fréquences destinées au service de télévision numérique terrestre visé par la décision 39/19/CONS, telle que modifiée, constituent, conformément aux prescriptions du Testo Unico (alors applicables et reprises désormais dans le décret législatif n° 20818, du 8 novembre 2021) ainsi qu'à une pratique désormais bien établie, un instrument réglementaire visant exclusivement à déterminer, à la lumière des ressources spectrales disponibles sur le territoire italien (tant nationales que locales), le nombre et les caractéristiques des réseaux de transmission réalisables, afin de garantir la qualité des prestations de service, d'optimiser l'utilisation des fréquences et d'éviter la survenance de brouillages à l'intérieur du territoire national ou vers les pays radioélectriquement voisins. Dans le cadre des procédures de définition des plans nationaux d'attribution des

fréquences, l'Autorité peut définir des modèles de planification de référence (ci-après « RPC » ou « Reference Planning Configuration »), soit un ensemble de paramètres et d'options d'exploitation spécifiques à la norme de transmission adoptée (en l'occurrence le standard Digital Video Broadcasting – Second Generation Terrestrial, convertis, décrit par la norme technique ETSI EN 302 755), à utiliser pour estimer, par voie de simulations, les prestations des réseaux (capacité, couverture de population et de territoire, résistance au bruit et au brouillage) et le degré du service correspondant (du point de vue aussi bien temporel que spatial), ainsi que pour vérifier le respect des contraintes techniques de coordination nationale et internationale imposées à l'exploitation des réseaux, afin d'éviter les brouillages préjudiciables à d'autres réseaux localisés sur le territoire national et sur le territoire des pays radioélectriquement voisins. La planification des réseaux au niveau national et local respecte également les critères généraux de planification et les autres contraintes imposées par le cadre réglementaire de référence. Les dispositions de la loi n° 205, du 27 décembre 2017, (loi de finances 2018) et de la loi n° 145, du 30 décembre 2018, (loi de finances 2019) sont pertinentes à cet égard.

Dans ces conditions, l'élaboration des plans d'attribution des fréquences constitue, à l'évidence, une activité purement technique, qui n'a pas vocation à définir les critères d'attribution aux opérateurs des droits d'utilisation des fréquences, ni à révoquer ou à confirmer des obligations ou des conditions spécifiques liées aux droits d'utilisation. Par conséquent, les plans d'attribution des fréquences, tout en constituant un préalable nécessaire à la définition des procédures subséquentes d'attribution des droits d'utilisation des fréquences, ne prescrivent pas en eux-mêmes de rapport entre les réseaux planifiés et les opérateurs individuels, ni ne prévoient de critères liant l'attribution d'une fréquence donnée à une entité déterminée. La réglementation régissant la libération et l'attribution des droits d'utilisation des fréquences, la définition des conditions liées aux droits d'utilisation et des obligations des opérateurs de réseaux ainsi que les dispositions des accords entre opérateurs de réseaux et fournisseurs de contenu et de services font au contraire l'objet de procédures distinctes et autonomes. En conclusion, l'Autorité s'est déjà pleinement conformée à l'arrêt de la Cour du 26 juillet 2017, en adoptant les mesures spécifiques contenues dans le Règlement visé par la décision 564/20/CONS, comme exposé dans l'introduction du même acte et comme rapporté en détail ci-dessus. Cette mise en conformité est ainsi intervenue postérieurement au PNAF en vigueur aujourd'hui. Les mesures prévues par la décision précitée, ainsi que celles contenues dans la décision de « conversion » 129/19/CONS précédente, ont été mises en œuvre par décisions ultérieures du ministère et ont permis de mener à bien la reconfiguration complexe de la bande 700 MHz, dont environ 30 % des ressources télévisuelles n'ont plus été affectées à l'utilisation des communications mobiles 5G, garantissant le bon fonctionnement de la plate-forme de télévision nationale et locale sans interruption à la date de la reconfiguration du 30 juin 2022 ».

6.2 La réponse semble effectivement confirmer la méconnaissance de la prescription découlant des principes posés par la Cour de justice quant à la nécessité de ne pas tenir compte « des chaînes analogiques illégalement exploitées, dès lors qu'elle conduit à prolonger, voire à renforcer un avantage concurrentiel indu ». Il ne semble pas que cet aspect ait été dûment pris en compte. Il n'a pas été non plus adopté de mesure compensatoire structurelle et un grand doute surgit également à propos d'autres mesures compensatoires quant à la conformité aux principes en vigueur, s'agissant aussi bien de l'inégalité de traitement qui en découle au niveau de l'appel à candidatures que de la persistance à prendre illégalement en compte tous les réseaux antérieurs.

6.3 Ces considérations semblent être encore confirmées par l'autre élément révélé par l'instruction, lorsque l'Autorité confirme que *« l'appréciation technique discrétionnaire effectuée par l'Autorité pour définir le facteur de conversion entre les réseaux DVB-T et les réseaux DVB-T2 est inévitablement conditionnée et contrainte par les dispositions de la loi de finances 2018 (telle que modifiée par la loi de finances 2019) »*.

6.4 Sur ce point, la question se pose également de savoir si le nouveau cadre législatif est conforme aux principes posés par la Cour de justice quant à la nécessaire indépendance de l'autorité de régulation.

Le renvoi préjudiciel sous examen doit donc porter sur la conformité au droit de l'Union du cadre législatif appliqué par les actes attaqués, dans la mesure où il y est disposé que *« 1031. Conformément aux objectifs de la politique audiovisuelle européenne et nationale de cohésion sociale, de pluralisme des moyens de communication et de diversité culturelle et afin de gérer le plus efficacement possible le spectre 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 de 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, selon les critères définis par l'Autorité le 31 mars 2019 au plus tard, aux fins de l'attribution des droits d'utilisation des fréquences. [L'AGCOM] établit au 31 mars 2019 les critères selon lesquels les droits d'utilisation des fréquences prévues conformément au paragraphe 1030 pour le service de télévision numérique terrestre sont attribués, au niveau national, aux opérateurs de réseaux nationaux, en tenant compte de la nécessité d'assurer la maîtrise des coûts éventuels de transformation et de mise en œuvre des réseaux, la réduction de la durée de la période transitoire visée au paragraphe 1032, et la minimisation des coûts et des incidences sur les utilisateurs finals. Le 30 juin 2019 au plus tard, le [MiSE] délivre les droits d'utilisation des fréquences visés dans la troisième phrase aux opérateurs de réseaux nationaux sur la base des critères définis par l'Autorité au sens de la même phrase. [L'AGCOM] définit en fonction des coûts*

les modalités et les 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 ».

6.5 Si, pour le concessionnaire du service public, le rééquilibrage semble avoir eu lieu, comme il ressort clairement du dernier alinéa, pour le reste, les mesures compensatoires introduites sont potentiellement contraires aux principes pertinents, en soulevant un risque supplémentaire d'inégalité de traitement et de disproportion.

6.6 Dans cette optique, le paragraphe 1031 bis suivant, libellé comme suit, apparaît particulièrement problématique : « *[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 (...) ».*

6.7 Il en est ainsi parce que la valorisation du passé est effectuée sans la nécessaire neutralisation des réseaux exploités illégalement.

Confirmation en est donnée par les conclusions de l'instruction, où l'Autorité souligne que « le processus établi par le législateur impliquait que le système technologique DVB-T, caractérisé par la présence de 20 réseaux nationaux appartenant à 8 opérateurs, devait être converti en un nouveau système technologique DVB-T2, caractérisé par 12 nouveaux réseaux nationaux prévus par le nouveau PNAF 2019 (décision 39/19/CONS), dont 10 devaient être attribués à ces 8 opérateurs existants ». En effet, la définition des « critères de conversion » par la décision 129/19/CONS s'entend de la référence à la « *capacité de transmission* » en tant qu'« *unité de mesure* » à utiliser pour établir une sorte d'« *équivalence* » entre les nouveaux réseaux DVB-T2 et les réseaux DVB-T antérieurs ».

Aux fins du coefficient de conversion, l'Autorité a ensuite relevé qu'en raison 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 0,6 proposé par certains intervenants, au lieu du coefficient 0,5 défini par l'Autorité, aurait requis l'affectation à la procédure de conversion de l'ensemble des 12 nouveaux réseaux DVB-T2 prévus par le PNAF 2019. Il s'en serait suivi l'absence de réseaux résiduels et de capacité de transmission correspondante à affecter à la procédure à titre onéreux prévue par le paragraphe 1031 bis. Il est ainsi confirmé que la réglementation appliquée a imposé la mise en œuvre de la transition de manière à continuer à prendre en compte tous les réseaux antérieurs, y compris ceux dont la légalité est contestée.

QUESTIONS POSÉES À LA COUR

- 7 Sur la base des éléments rapportés jusqu'ici, le Consiglio di Stato soumet à la Cour un certain nombre de questions d'interprétation des normes et des principes du droit de l'Union. [OMISSIS].
- 8 PREMIÈRE QUESTION, CONCERNANT LES ARTICLES 6 et 19, PARAGRAPHE 1, DEUXIÈME ALINÉA TUE, INTERPRÉTÉS À LA LUMIÈRE DE L'ARTICLE 47 DE LA CHARTE, L'ARTICLE 4, PARAGRAPHE 1, PREMIER ALINÉA, DE LA DIRECTIVE-CADRE ET L'ARTICLE 31 DE LA DIRECTIVE (UE) 2018/1972, AINSI QUE LA COMPATIBILITÉ DE LA RÉGLEMENTATION NATIONALE AVEC CES MÊMES DISPOSITIONS

8.1 Par la première question, le Consiglio di Stato demande à la Cour si les articles 6 et 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE, interprétés à la lumière de l'article 47 de la Charte, l'article 4, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), et l'article 31 de la directive (UE) 2018/1972, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle du droit italien en cause (article 1^{er}, paragraphe 1037, de la loi n° 205/2017), dans la mesure où, dans une situation relevant du droit de l'Union, elle limite les effets du recours en annulation, en faisant obstacle au rétablissement de la situation antérieure ou réparation en nature

et limite la portée des mesures conservatoires au paiement d'une provision et porte ainsi atteinte à l'effectivité de la protection juridictionnelle.

DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT DE L'UNION

8.2 Aux termes de l'article 6 TUE, « 1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités. Les droits, libertés et principes de la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant son interprétation et son application et en tenant dûment compte des explications visées dans la Charte indiquant les sources de ces dispositions. 2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion n'affecte pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités. 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

8.3 L'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE dispose : « [l]es États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

8.4 L'article 47 de la Charte (intitulé « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial ») est libellé comme suit : « [t]oute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal, dans des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide est nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

8.5 Aux termes de l'article 4, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), « [l]es États membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Cet organisme, qui peut être un tribunal, dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions efficacement. Les États membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace ».

8.6 L'article 31 de la directive (UE) 2018/1972 prévoit que « 1. Les États membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux ou des services de communications électroniques ou des ressources associées qui est affecté par une décision prise par une autorité compétente, d'introduire un recours contre cette décision auprès d'un organisme de recours indépendant des parties impliquées et de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'analyse des questions qui lui sont soumises. Cet organisme, qui peut être une juridiction, dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions efficacement. Les États membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération. Dans l'attente de l'issue du recours, la décision de l'autorité compétente est maintenue, sauf si des mesures conservatoires sont octroyées conformément au droit national. 2. Lorsque l'organisme de recours visé au paragraphe 1 du présent article n'est pas de nature juridictionnelle, il motive toujours ses décisions par écrit. En outre, dans un tel cas, sa décision est soumise au contrôle d'une juridiction au sens de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les États membres veillent à ce que le mécanisme de recours soit effectif. 3. Les États membres recueillent des informations sur l'objet général des recours, le nombre de demandes de recours, la durée des procédures de recours et le nombre de décisions d'octroi de mesures conservatoires. Les États membres fournissent ces informations, ainsi que les décisions ou jugements, à la Commission et à l'ORECE* à leur demande motivée ».

DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT NATIONAL

8.7 [OMISSIS]

[OMISSIS].

[OMISSIS] [Articles 24, 103 et 113 de la Constitution italienne, qui garantissent la protection juridictionnelle des droits et intérêts légitimes, et se rapportent à la mission de la justice administrative].

[OMISSIS] Décret législatif n° 104/2010 (portant code de procédure administrative) [OMISSIS].

[OMISSIS] [Articles 1^{er} et 29 : principes généraux].

Selon l'article 30 du décret législatif n° 104/2010, « 1. L'action en exécution peut être intentée en même temps qu'une autre action ou, également, à titre autonome, dans les seuls cas de compétence exclusive et dans les cas visés au présent article. 2. Il peut être demandé la condamnation à réparer le préjudice illicite résultant de l'exercice illégal de l'activité administrative ou du défaut d'exercice d'une

* Ndt : Organe des régulateurs européens des communications électroniques.

compétence administrative liée. Dans les cas de compétence exclusive, il peut être également demandé réparation du préjudice résultant de la violation de droits subjectifs. Si les conditions définies à l'article 2058 du code civil sont réunies, la réparation des dommages peut être demandée en nature. 3. L'action en dommages-intérêts pour atteinte à des intérêts légitimes est introduite dans le délai de forclusion de 120 jours à compter du jour de la survenance de l'événement ou de la connaissance de l'acte si le dommage en découle directement. Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge apprécie toutes les circonstances de fait et le comportement global des parties et exclut en toute hypothèse l'indemnisation des dommages qui auraient pu être évités grâce à une diligence normale, y compris par le recours aux instruments de protection prévus. 4. Pour la réparation de l'éventuel préjudice que le requérant démontre avoir subi du fait du non-respect, de propos délibéré ou par négligence, du délai de clôture de la procédure, le délai visé au paragraphe 3 ne court pas aussi longtemps que le manquement subsiste. Le délai visé au paragraphe 3 commence en tout état de cause à courir un an après l'expiration du délai d'action. 5. Lorsqu'un recours en annulation a été introduit, la demande en réparation peut être déposée en cours de procédure ou, en tout état de cause, dans un délai de 120 jours à compter de la date à laquelle la décision judiciaire en cause a acquis force de chose jugée. 6. La juridiction administrative a compétence exclusive pour connaître de toute demande d'indemnisation d'un dommage résultant de l'atteinte à des intérêts légitimes ou, dans les domaines relevant de sa compétence exclusive, à des droits subjectifs ».

L'article 2058 du code civil italien énonce que « [l]a personne lésée peut demander le rétablissement de la situation antérieure, si elle est possible en tout ou en partie. Toutefois, le juge peut ordonner que la réparation ne soit effectuée que par équivalent si la réparation en nature se révèle excessivement onéreuse pour le débiteur ».

8.8 L'article 1^{er}, paragraphe 1037, de la loi n° 205/2017 prévoit que « [l]es litiges concernant l'attribution des droits d'utilisation des fréquences, d'appels à candidatures et les autres procédures visées aux paragraphes 1026 à 1036, en particulier, les procédures de libération des fréquences pour le service de télévision numérique terrestre, ressortissent à la compétence exclusive de la juridiction administrative et sont dévolus à la compétence fonctionnelle du TAR Lazio. En raison de l'intérêt national supérieur revêtu par la libération et l'attribution rapides des fréquences, l'annulation des actes et des mesures adoptés dans le cadre des procédures visées aux paragraphes 1026 à 1036 n'emporte pas le rétablissement de la situation antérieure ou réparation en nature et l'éventuelle réparation des dommages due, le cas échéant, n'est effectuée que par équivalent. La portée des mesures conservatoires est limitée au paiement d'une provision ».

QUESTION POSÉE À LA COUR

8.9 Les dispositions de l'article 47 de la Charte (qui, conformément à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, *in fine*, TUE, a la même valeur juridique que les

traités) érigent la garantie de la protection juridictionnelle en principe fondamental et général du droit de l'Union. En outre, l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE oblige les États membres à établir les voies de recours nécessaires pour assurer aux particuliers, dans les domaines régis par le droit de l'Union, le respect de leur droit à une protection juridictionnelle effective [arrêts du 7 juillet 2022, *F. Hoffmann-La Roche e.a.*, C-261/21, EU:C:2022:534, point 43, et du 26 mars 2020, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, C-558/18 et C-563/18, EU:C:2020:234, point 32 et jurisprudence citée]. Il ressort par ailleurs de la jurisprudence de la Cour de justice que, sous réserve de l'existence de règles de l'Union en la matière, il appartient, en vertu du principe d'autonomie procédurale, à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales de ces voies de recours, à condition, toutefois, que ces modalités ne soient pas, dans les situations relevant du droit de l'Union, moins favorables que dans des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité) (arrêts du 21 décembre 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, point 58, et du 10 mars 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.*, C-949/19, EU:C:2021:186, point 43 et jurisprudence citée).

8.10 Dans l'affaire soumise au Consiglio di Stato, un problème d'équivalence entre les situations respectivement régies par le droit de l'Union et le droit national ne se pose pas, dans la mesure où la norme pertinente du droit national (article 1^{er}, paragraphe 1037, de la loi n° 205/2017) s'applique à toutes les « *instances concernant l'attribution des droits d'utilisation des fréquences, l'appel à candidatures et les autres procédures visées aux paragraphes 1026 à 1036, en particulier, les procédures de libération des fréquences pour le service de télévision numérique terrestre* ».

8.11 Par contre, il se pose un problème d'effectivité de la protection juridictionnelle par le droit interne, dans une situation qui relève assurément du droit de l'Union. En effet, comme exposé précédemment, le contentieux procède de la mise en œuvre de la décision 2017/899, ainsi que du régime actuellement établi par la directive (UE) 2018/1972, qui a procédé à la refonte des directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE, ainsi que de la directive 2002/77/CE.

8.12 Il convient de rappeler à propos du principe d'effectivité que le droit de l'Union n'a pas pour effet de contraindre les États membres à instituer des voies de droit autres que celles établies par le droit interne, à moins, toutefois, qu'il ne ressorte de l'économie de l'ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours juridictionnelle permettant, fût-ce de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, ou que la seule voie d'accès à un juge revient à contraindre les justiciables à enfreindre le droit (arrêts du 14 mai 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, point 143, du 21 décembre 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037,

point 62, et du 13 juillet 2023, Ferroviennord, C-363/21 et C-364/21, EU:C:2023:563, point 92).

8.13 L'affaire soumise à l'appréciation du Consiglio di Stato ressortit au champ d'application de la norme nationale précitée (article 1^{er}, paragraphe 1037, de la loi n° 205/2017), qui, comme indiqué, fait obstacle à ce que la juridiction administrative italienne annule les actes et les mesures adoptés dans le cadre des procédures visées aux paragraphes 1026 à 1036, dont relève également la présente instance. En substance, la protection juridictionnelle conférée par l'ordre juridique interne ne comporte en aucune façon « *le rétablissement de la situation antérieure ou réparation en nature* » ni, par conséquent, d'une façon générale, l'obtention du droit auquel aspire la partie, à laquelle une mesure administrative fait illégalement grief, mais la seule réparation par équivalent monétaire.

8.14 La chambre doute qu'un tel dispositif puisse être tenu pour conforme au droit de l'Union et au principe de protection juridictionnelle effective des droits subjectifs conférés et régis par le droit de l'Union. [OMISSIS] En effet, la protection accordée par le législateur national consiste dans la seule réparation par équivalent, qui constitue toutefois un succédané inapte à indemniser l'opérateur économique du préjudice causé par des mesures illégales. En effet, le bien auquel aspire l'intéressé s'analyse en l'attribution de droits d'utilisation de fréquences, laquelle requiert l'emploi de ressources économiques substantielles et la création de structures d'entreprise complexes dotées d'instruments technologiques propres à assurer l'activité de l'entreprise. Au-delà de l'intérêt de l'opérateur, cette activité répond également à l'intérêt général de la société en garantissant à la fois sa cohésion et l'amélioration de son niveau culturel, en assurant aux concitoyens l'accès à d'autres informations et programmes et, par voie de conséquence, en préservant le progrès social et culturel du pays.

8.15 Au demeurant, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'Homme, le service audiovisuel est essentiel à la démocratie des États membres. En effet, elle a relevé qu'il n'existe pas de démocratie sans pluralisme et qu'il ne suffit pas, dans une société démocratique, pour garantir un véritable pluralisme dans le secteur audiovisuel, de prévoir l'existence de plusieurs chaînes ou la possibilité théorique des acteurs potentiels d'accéder au marché audiovisuel, à seule fin de sauvegarder la concurrence. « *Encore faut-il permettre un accès effectif à ce marché* », de sorte que, « *dans un secteur aussi sensible que celui des médias audiovisuels, au devoir négatif de non-ingérence s'ajoute pour l'État l'obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif approprié pour garantir un pluralisme effectif* » (Cour eur. D.H., Grande Chambre, Centro Europa 7 et Di Stefano c. Italie, 7 juin 2012, points 130 et 134).

8.16 Un dispositif comme celui sous examen finit par ne plus être apte à garantir une protection convenable des droits subjectifs des opérateurs économiques ni, en définitive, un accès effectif au marché ni, par voie de conséquence, un pluralisme effectif. La réparation par équivalent indemnise, par hypothèse, l'opérateur, mais uniquement à raison du préjudice économique subi, en le privant, en même temps,

de la possibilité d'obtenir le bien auquel tendent l'activité exercée et la voie de recours ouverte elle-même. En outre, cette indemnisation ôte en tout état de cause à la société la possibilité de bénéficier d'un système vraiment pluraliste, en affectant, en définitive, le caractère démocratique du système.

Il est vrai que la législation européenne et nationale comportent de plus en plus souvent des dispositions restreignant la compétence des tribunaux, aux fins de privilégier la protection par indemnisation, dans une optique de résultat ou en raison d'un intérêt national supérieur. La tendance aboutit parfois à poser des limites contraignantes aux mesures conservatoires, mais parfois aussi à limiter les pouvoirs de contrôle sur le fond. Il s'agit là du phénomène notoire du recul de la protection effective, au profit de la protection par indemnisation utilisée non seulement après la conclusion du contrat, mais aussi, avant même sa conclusion, dans le cas de procédures de passation de marché délicates. Sont pertinentes à cet égard, non seulement la réglementation sous examen, mais également certaines règles régissant le secteur bancaire (voir article 95 paragraphe 2, du décret législatif n° 180 de 2015) ou les sanctions disciplinaires dans le domaine du sport.

Toutefois, si, d'une part, il est nécessaire de définir une limite de principe quant à la légalité de telles dispositions restrictives, d'autre part, le cas d'espèce présente certains éléments spécifiques.

8.17 En effet, les particularités constatées de la présente affaire la distinguent d'autres cas où les juridictions nationales ont admis au contraire la légalité de systèmes excluant la possibilité de garantir une protection « effective », en conférant une simple protection par indemnisation.

8.18 Tel est le cas, par exemple, [de] récentes décisions de la Corte Costituzionale (Cour constitutionnelle, Italie) [OMISSIS].

[OMISSIS] [Il s'agissait d'arrêts rendus dans le domaine de la justice sportive].

8.19 La présente affaire ne met en jeu aucun équilibre entre le domaine du sport (et son autonomie relative) et l'ordre juridique national et le choix du législateur ne semble vraiment pas non plus raisonnable en tant que justifié par l'« *intérêt national supérieur de la libération et de l'attribution rapides des fréquences* » (comme l'indique l'article 1^{er}, paragraphe 1037, de la loi n° 205/2017). En effet, les exigences de rapidité d'attribution des fréquences ne semblent pas être de nature à pouvoir restreindre radicalement la protection effective, en empêchant le juge d'ordonner une réparation intégrale et effective dans les situations illégalement lésées. Il en va d'autant plus ainsi lorsque l'on considère que le système audiovisuel italien se caractérise depuis longtemps par des illégalités et des anomalies, connues également de la Cour de justice (voir, notamment, arrêt du 27 juillet 2017, Persidera, C-112/16, EU:C:2017:597) et qu'une règle telle que celle examinée exclut la possibilité de porter efficacement remède aux cas de violation de la concurrence et du pluralisme, qui seront également examinés ci-dessous. Il faut aussi noter que l'exigence de rapidité avancée par le législateur

national aurait été convenablement garantie par la procédure écourtée spécifiquement prévue pour des litiges tels que ceux au principal par l'article 119, paragraphe 1, sous b), du code de procédure administrative italien, qui prévoit des délais réduits de moitié et, par conséquent, la solution rapide de l'affaire, ainsi que par le recours aux mesures conservatoires, voie pourtant limitée elle aussi par le dispositif sous examen, qui ne prévoit que le paiement d'une provision.

8.19.1, On ne saurait non plus omettre de relever que l'obligation d'assurer une protection juridictionnelle effective et efficace découle des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive-cadre et de l'article 31 ultérieur de la directive (UE) 2018/197, « *établissant le code des communications électroniques européen* ». Ces dispositions obligent les États membres à garantir, d'une part, des « *mécanismes effectifs* » de protection juridictionnelle à tout utilisateur et à toute entreprise fournissant des réseaux ou des services de communications électroniques ou des ressources associées et, d'autre part, un « *mécanisme de recours efficace* ». Celui-ci doit donc être, selon la chambre, apte à assurer une protection intégrale et effective des situations lésées par le recours à tous les instruments garantis par le droit national, sans qu'il soit possible, par conséquent, de restreindre la protection juridictionnelle à une simple indemnisation par équivalent.

8.20 Enfin, le Consiglio di Stato tient à préciser que la question posée est pertinente aux fins des litiges au principal, dans la mesure où Europa way n'a pas renoncé à sa demande d'annulation des actes attaqués. En outre, bien qu'elle ait obtenu la capacité de transmission par procédure à titre onéreux, elle a néanmoins précisé que la participation à cet appel à candidatures et l'obtention des ressources ne valaient pas acquiescement aux actes litigieux ni renonciation aux actions en justice intentées, ni cantonnement de sa demande au seul remboursement des coûts et dédommagement, contrairement aux prétentions de l'autre opérateur Persidera, dont les affaires ont été entendues lors de la même audience en chambre du conseil, le 28 septembre 2023.

DEUXIÈME 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 RÉGLEMENTATION NATIONALE À CES DISPOSITIONS

- 9 Par sa deuxième question, le Consiglio di Stato demande à la Cour si le droit de l'Union et, en particulier, les articles 3, paragraphes 3, 3 bis, 8 et 9 de la

* Ndt : Lire plutôt « 45 » (voir point 9 ci-dessous et deuxième question préjudicielle exposée au point 12 ci-dessous).

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 établissant l'attribution d'une capacité de transmission supplémentaire par procédure à titre onéreux avec attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse et participation des opérateurs déjà existants.

DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT DE L'UNION.

9.1 Il convient de relever à propos de la deuxième 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 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.

9.2 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.*

9.3 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].

9.4 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].

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

9.6 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. Les États membres veillent à ce que le chef d'une autorité nationale de régulation ou, le cas échéant, les membres de l'organe collégial remplissant cette fonction au sein d'une autorité nationale de régulation visée au premier alinéa, ou leurs remplaçants, ne puissent être relevés de leurs fonctions que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour l'exercice de leurs fonctions, telles qu'elles ont été préalablement fixées par le droit national. La décision de révoquer le chef de l'autorité nationale de régulation concernée ou, le cas échéant, les membres de l'organe collégial remplissant cette fonction, est rendue publique au moment de la révocation. Le chef de l'autorité nationale de régulation ou, le cas échéant, les membres de l'organe collégial remplissant cette fonction, lorsqu'ils sont relevés de leurs

fonctions, reçoivent un exposé des motifs et ont le droit d'en demander la publication, sauf disposition contraire, auquel cas l'exposé des motifs est publié. Les États membres veillent à ce que les autorités de régulation nationales visées au premier alinéa disposent de budgets annuels distincts. Les budgets sont publiés. Les États membres veillent également à ce que les autorités réglementaires nationales disposent de ressources financières et humaines suffisantes pour leur permettre de participer et de contribuer activement à l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). [...] » [voir également articles 5, 6, 8 et 9 de la directive (UE) 2018/1972].

9.7 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].

9.8 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].

9.9 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].

9.10 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 ».

9.11 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 re planification 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) ».

DISPOSITIONS DU DROIT NATIONAL APPLICABLES

9.12 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 des précisions complémentaires sur la disponibilité des fréquences].

9.13 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 : [OMISSIS].

9.14 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 : « [OMISSIS] [Voir jusqu'ici citation du point 6.6. ci-dessus] 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 ».

QUESTION POSÉE À LA COUR

9.15 La question sous examen porte sur la conformité au droit [de l'Union] du facteur de conversion déterminé par l'Autorité 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.

9.16 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'Autorité 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.

9.17 L'Autorité 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 à affecter 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 ».

9.18 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 DVB-T et celle des multiplex 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 pour l'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” ».

9.19 Cette disposition particulière ne pouvait que se justifier, dans l'optique de l'Autorité, 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.

9.20 Les considérations exposées par l'Autorité 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.

9.21 La chambre doute toutefois que l'incidence substantielle exercée par une décision politique du législateur national sur les choix de l'Autorité 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.

9.22 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).

9.23 Le Consiglio di Stato a également souligné [OMISSIS] [Motivation relative à la nature des autorités indépendantes, voir points 4.3, et 6.8 ci-dessus]

9.24 Les conclusions du Consiglio di Stato sont conformes aux considérations déjà formulées par la Cour de justice [OMISSIS] dans l'affaire Europa Way et Persidera (C-560/15, EU:C:2017:593). [OMISSIS]

9.25 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.

9.26. 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 : [OMISSIS]. [paragraphe 1031 bis, sous a) à g), cité au point 6.6 ci-dessus]

9.27 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 déjà existants, 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.

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 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

- 10 [OMISSIS] [Exposé anticipé, selon une formulation différente, mais absolument identique au libellé de la troisième question préjudicielle ; voir point 12 ci-dessous]

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

10.1 Sont pertinents, aux fins de l'examen de la troisième question, les articles 8 et 9 de la directive-cadre [reproduits précédemment aux points 40.6 et 40.7 (plus exactement aux points 9.8 et 9.9) 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 41 et 41.1 (plus exactement : points 9.10 et 9.11) de la présente ordonnance, auxquels il est également renvoyé]. Les dispositions reproduites ci-dessous sont également pertinentes.

10.2 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* ».

10.3 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].

10.4 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].

10.5 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*].

10.6 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 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

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

*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].*

10.7 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 matière de compensation pour retrait de droits. » [article 18 de la directive (UE) 2018/1972 **]

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

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

10.8 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 ».

10.9 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 ».

DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT NATIONAL

10.10 Les dispositions pertinentes du droit national sont les prescriptions de l'article 1^{er}, paragraphes 1030, 1031 et 1031 bis, de la loi n° 205/2017, reproduits précédemment et auxquels il est renvoyé. En sus de ces dispositions, les normes suivantes sont également pertinentes.

10.11 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 ».

10.12 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 opérateurs 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 ».

QUESTION POSÉE A LA COUR.

10.13 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 tels qu'Europa way.

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.

10.14 Comme indiqué au point précédent, les prescriptions 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'Autorité 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'Autorité 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.

10.15 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.

10.16 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'Autorité a expressément soutenu que « *le pouvoir d'appréciation technique exercé par l'Autorité 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'Autorité et, d'autre part, elle a constitué le point de départ révélateur de l'analyse de l'Autorité, 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'Autorité dans ses décisions 129/19/CONS, 564/20/CONS, 65/22/CONS et 25/23/CONS.

10.17 Si l'on se focalise sur ce dernier aspect, il faut noter que l'Autorité 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'Autorité 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'Autorité, 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 ».

10.18 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'Autorité. 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'Autorité a relevé que « [l']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 en application 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 Elettronica 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 ».

10.19 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.

10.20 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.

10.21 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, dicté par un choix de politique économique, 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.

10.22 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.3.1. 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 20 ans, ou bien assurer une indemnisation en cas de pertes pécuniaires induites par les procédures de conversion.

10.23 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.

10.24 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'Autorité 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.

10.25 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.

QUATRIÈME 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, DE PROPORTIONALITÉ ET D'ADÉQUATION, AINSI QUE LA CONFORMITÉ DE LA RÉGLEMENTATION NATIONALE À CES CONSIDÉRANTS ET À CES PRINCIPES, EU ÉGARD ÉGALEMENT À L'ÉVOLUTION PROGRESSIVE DU SYSTÈME AUDIOVISUEL ITALIEN

- 11 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 à une procédure à titre onéreux pour acquérir les droits qu'elle détenait précédemment), 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.

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.

DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT DE L'UNION

11.1 Les dispositions [du droit de l'Union] citées dans les questions précédentes de la présente ordonnance, auxquelles il est renvoyé, sont pertinentes aux fins de l'examen de la présente question.

D.4.2. DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT NATIONAL.

11.2 Les dispositions du droit national visées par les questions précédentes posées par la présente ordonnance, auxquelles il est renvoyé, sont pertinentes aux fins de l'examen de la présente question.

D.4.2. QUESTION SOUMISE À LA COUR

11.3. L'exposé de la question soumise à la Cour impose tout d'abord de souligner que la procédure de conversion/attribution a également concerné des situations consolidées au fil du temps à partir d'une situation de concentration illégale. Ces situations ont partiellement influé sur l'ensemble des ressources disponibles et donc également sur la position d'Europa way, engendrant ainsi une inégalité de traitement.

11.4 Pour résumer les éléments complexes sous examen, il faut noter que 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* ». 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* »).

11.5 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 Mammi »), 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 une situation 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, corrélat 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).

11.6 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 l'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).

11.7 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.

11.8 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.

11.9 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. Ce concours 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'Autorité et que les opérateurs ayant participé audit concours recevraient une indemnisation.

11.10 L'Autorité 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'Autorité 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.

11.11 Les failles du système 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* » [OMISSIS] (arrêt n° 5929/2018, du Consiglio di Stato point 2.25). 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'Autorité, des positions de départ des divers opérateurs multi-réseaux qui exerçaient déjà leur activité en mode analogique* ».

11.12 C'est dans ce contexte que se sont inscrites les décisions précitées de la Cour de justice.

En particulier, elle a jugé dans son arrêt du 26 juillet 2017 (Persidera, C-112/16, EU:C:2017:597) que : [OMISSIS] (voir citation au point 4.2 ci-dessus).

Elle a par ailleurs affirmé ce qui suit dans son arrêt du 26 juillet 2017, Europa way, C-560/15, EU:C:2017:593) [OMISSIS] [voir citation au point 4.1 ci-dessus]

11.13 Les décisions de la Cour de justice ont été suivies des deux arrêts nos 5928/2018 et 5829/2018, précités, du Consiglio di Stato, annulant diverses mesures des autorités nationales et obligeant l'Autorité et l'administration à tenir compte, dans le cadre de la replanification, des situations

« *excédentaires* » consolidées. Il est renvoyé sur ce point à l'exposé des faits ci-dessus.

11.14 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.

L'Autorité a soutenu avoir entrepris les études de marché qui, à partir de la décision 365/00/CONS, du 12 juin 2000, avaient déjà constaté, à propos du système de radiodiffusion analogique, la position dominante de la RAI et de RTI consécutive à la forte concentration des ressources détenues par les deux groupes, tant en termes d'infrastructures que de ressources économiques et d'audience. L'instruction approfondie diligentée ultérieurement dans le cadre de la procédure avait permis en tout état de cause de confirmer que la dotation d'une « *chaîne additionnelle* » (plus précisément, RAI 3 et Rete 4) avait certainement contribué, malgré son incidence relative inférieure à celle des deux autres chaînes, à l'obtention et au maintien de la position dominante des groupes en question et de leur avantage concurrentiel corrélatif. L'Autorité a toutefois souligné avoir pris en compte les obligations réglementaires imposées à partir de 2005, dans le but de neutraliser l'avantage créé et d'éviter qu'il puisse se transposer dans le nouveau système/marché de la télévision numérique terrestre.

L'Autorité a donc indiqué avoir pris en considération les mesures adoptées dans sa décision 136/05/CONS imposant une série de mesures correctives. Les décisions adoptées ont été les suivantes : a) pour la RAI et RTI : 1) obligation d'accélérer la numérisation des réseaux de télévision terrestres, également par la configuration en mode numérique de tous les équipements fonctionnant en mode analogique, dans les conditions prévues à l'article 2, paragraphe 1 [de la loi n° 66/2001] ; 2) obligation d'affecter une capacité de transmission à des fournisseurs de contenu indépendants, dans le cadre de la part de 40 % de la capacité de transmission des réseaux numériques terrestres visée à l'article 2 *bis*, paragraphe 1, cinquième phrase, de la loi n° 66/2001, dans les conditions prévues à l'article 2, paragraphe 2 ; b) pour RTI : 1) obligation de recourir, selon le calendrier prévu à l'article 2, paragraphe 3, à un concessionnaire publicitaire autre que Publitalia pour la collecte de publicité aux fins des transmissions numériques terrestres autres que le simulcast ; 2) interdiction de transmettre des messages publicitaires dans les programmes de télévision numérique terrestre autres que le simulcast au-delà de 12 % par heure, du 30 juin 2005 au 31 décembre 2006 ; c) pour la RAI : 1) obligation de contribuer à une plus large diffusion de la technologie numérique terrestre, par le biais d'un nouveau programme généraliste attractif en termes d'audience et exclusif de publicité, sur des réseaux numériques terrestres, dans les conditions définies à l'article 2, paragraphe 4 ; d) pour Publitalia : 1) jusqu'à la mise en œuvre de la mesure visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), point 1, obligation de RTI de scinder la comptabilité des activités de collecte de publicité exercées respectivement sur les réseaux analogiques et les réseaux numériques terrestres, conformément aux conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 5 ; 2) obligation d'appliquer des conditions transparentes,

équitable et non discriminatoire dans la vente d'espaces publicitaires, en produisant des preuves distinctes de tout rabais éventuellement appliqué aux différents produits, conformément aux modalités fixées par l'article 2, paragraphe 6.

11.14 L'Autorité a souligné avoir tenu compte des mesures adoptées à la suite du constat de l'existence de la position dominante conjointe de la RAI et de RTI sur le marché en cause et, en particulier, celles visées par la décision 159/08/CONS, du 9 avril 2008, imposant les mesures individuelles suivantes pour « *neutraliser les distorsions potentielles de concurrence dans les services intermédiaires requis par les concurrents pour installer et exploiter leur réseau de diffusion* » : i) obligation de fourniture de services d'accès et d'utilisation de certaines ressources, ii) obligation de transparence, iii) obligation de non-discrimination et iv) obligation de séparation comptable.

11.15 De plus, l'Autorité a révélé avoir pris en compte des décisions visant à agir sur la position de force détenue par ces opérateurs sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle. En effet, sur les 8 réseaux numériques prévus par la décision 181/09/CONS pour la conversion des réseaux analogiques (visés par l'extinction), 3 ont été réservés aux « *petits* » opérateurs (Europa 7, Rete Capri et Rete A) en application du critère du « *minimum garanti* », assorti d'un facteur de conversion au pair (un pour un), tandis que les 5 réseaux résiduels ont été réservés à la conversion des 8 réseaux exploités par les opérateurs multi-réseaux (RAI 3, RTI 3, Telecom 2), en application d'un critère d'« *rapprochement de la moyenne* », avec soustraction corrélative d'un réseau à chacun des trois opérateurs (RAI et RTI ont obtenu 2 multiplex numériques en remplacement des 3 réseaux analogiques exploités, Telecom, un multiplex en remplacement des 2 réseaux analogiques exploités).

11.16 L'Autorité a également soutenu avoir évalué, en vue de donner exécution à l'arrêt du Consiglio di Stato, les mesures relatives à l'attribution du « *dividende externe* », constitué de cinq nouveaux réseaux numériques nationaux. En particulier, l'Autorité a ventilé en deux parties les cinq lots objet de l'appel à candidatures : – Partie A : trois lots, réservés aux nouveaux entrants et aux autres opérateurs déjà existants (à l'exclusion des opérateurs qui, avant la conversion des réseaux analogiques et la rationalisation des multiplex numériques DVB-T existants, disposaient de deux réseaux nationaux de télévision en mode analogique) ; – Partie B : deux lots, ouverts à tout soumissionnaire. Enfin, il était prévu que : i) les offres seraient soumises à un plafond de 5 multiplex DVB-T nationaux (incluant également les réseaux DVB-T nationaux existants et déjà attribués) ; ii) pour les opérateurs intégrés exploitant 3 réseaux nationaux en mode analogique (RAI et Mediaset), le plafond était fixé à un multiplex ; iii) dans le cas de l'opérateur intégré exploitant 2 réseaux nationaux en mode analogique (Telecom), le plafond était fixé à deux multiplex.

11.17 L'Autorité a déduit de l'instruction « évolutive » qu'il était impossible de prendre en considération des mesures structurelles qui « *par nature, auraient fini*

par se superposer et servir de doublon aux mesures précitées déjà imposées dans le passé et qui auraient produit sur l'ensemble du marché des effets d'une portée beaucoup plus large que le rééquilibrage même à réaliser, tel qu'identifié par la décision judiciaire ». L'Autorité a estimé au contraire que, pour opérer le rééquilibrage entre les seuls opérateurs multi-réseaux, « il était nécessaire et proportionné d'introduire, comme mesure apte à atteindre cet objectif, des règles asymétriques de participation à la procédure d'attribution de la capacité de transmission supplémentaire disponible au niveau national et des fréquences terrestres visées par la décision 564/20/CONS » (p. 13 du rapport déposé devant le Consiglio di Stato).

11.18 L'Autorité a donc 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 nationale 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, agencée en trois phases distinctes, diligentées successivement dans l'ordre suivant : phase I pour la catégorie P1, phase II pour la catégorie P2 et phase III pour la catégorie P3. L'Autorité a prévu certaines réserves et limites pour « favoriser le pluralisme et la concurrence sur le marché » (chapitre III de l'annexe A à la décision 564/2020/CONS). En particulier, il a été fixé un plafond en vertu duquel aucun opérateur ne pouvait détenir, individuellement ou conjointement (par accord commercial ou entente avec un autre opérateur), des droits d'utilisation de fréquences (génériques ou spécifiques) autres que ceux nécessaires à l'exploitation de 3 réseaux nationaux sur les 12 prévus par le PNAF en technologie DVB-T2. Il a été prévu en outre que : i) les nouveaux entrants [entendus au sens d'entités qui, à la date de présentation de la demande de participation aux procédures visées par la présente décision, n'étaient pas titulaires de droits d'utilisation des fréquences pour l'exploitation de réseaux de radiodiffusion télévisuelle terrestre au niveau national ; article 1^{er}, paragraphe 1, sous g), de l'annexe A à la décision 564/20/CONS] et les opérateurs de type A, [catégorie dont relève « un opérateur de réseau de radiodiffusion télévisuelle terrestre qui, à la suite de la procédure de conversion visée par la décision 129/19/CONS est, à la date de présentation de la demande de participation aux procédures visées par la présente décision, titulaire, à titre individuel, d'un seul droit d'utilisation, sans spécification des fréquences pour l'exploitation de l'un des réseaux nationaux prévus par le PNAF (correspondant à la moitié d'un multiplex national en technologie DVB-T2) ou, conjointement, d'un seul droit spécifique d'utilisation de fréquences pour l'exploitation d'un réseau spécifique national en technologie DVB-T2 prévu par le PNAF » ; article 1^{er}, paragraphe 1, sous f), de l'annexe A à la décision 564/20/CONS] pourraient

soumissionner pour tous les lots mis en concurrence dans les catégories P1, P2 et P3 ; ii) les opérateurs de type B [catégorie dont relève « un exploitant de réseau de radiodiffusion télévisuelle terrestre qui, à la suite de la procédure de conversion visée par la décision 129/19/CONS, est, à la date de présentation de la demande de participation aux procédures visées dans la présente décision, titulaire de deux droits spécifiques d'utilisation de fréquences pour l'exploitation de deux réseaux spécifiques nationaux en technologie DVB-T2 prévus par le PNAF, ainsi que d'un droit d'utilisation sans spécification des fréquences pour l'exploitation de l'un des réseaux nationaux prévus par le PNAF (correspondant à la moitié d'un multiplex national en technologie DVB-T2) » ; article 1^{er}, paragraphe 1, sous i), de l'annexe A à la décision 564/20/CONS)] pourraient soumissionner pour un seul lot mis en concurrence dans la catégorie P3 ; iii) l'opérateur de type C [entendu au sens d'« opérateur de réseau de type B qui a saisi le Consiglio di Stato du litige ayant donné lieu à l'arrêt n° 5928/2018, du 16 octobre 2018 (Persidera SpA) » ; article 1^{er}, paragraphe 1, sous j), de la décision 564/20/CONS], pourrait soumissionner pour un lot mis en concurrence dans les catégories P2 et P3.

11.19 Au terme de l'exposé de l'évolution du système italien et des décisions de justice prononcées, la chambre doute de la conformité au [droit de l'Union] des choix opérés par le législateur national et l'ARN.

11.20 La chambre s'interroge en particulier sur la conformité au droit de l'Union des décisions adoptées par le législateur italien et les autorités nationales, dans la mesure où elles comportent également une conversion non intégrale des droits acquis par l'appelante au terme d'une procédure concurrentielle à titre onéreux et où elles ont par ailleurs défini un critère unique également applicable à cet opérateur et divisé la capacité de transmission en tenant compte, en tout état de cause, des situations « irrégulières », comme l'ont constaté les décisions de justice précitées.

11.21 Sur ce dernier point, l'arrêt de la Cour du 26 juillet 2017 (Persidera, C-112/16, EU:C:2017:597) a relevé 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, EU:C:2017:597, 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).

11.22 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 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).

11.23 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, générant ainsi une inégalité de traitement.

11.24 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

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

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

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, 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.

11.25 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 également imposé à un opérateur ayant acquis les droits d'utilisation des fréquences l'obligation de se soumettre à une procédure de conversion/attribution qui a, en substance, restreint ses droits précédemment acquis ; iii) il a été recouru exclusivement à la procédure à titre onéreux aux fins du rééquilibrage des différentes positions, moyennant l'édiction de règles asymétriques, qui ont toutefois obligé l'appelante à exposer des coûts supplémentaires pour obtenir le demi-multiplex nécessaire.

QUESTIONS POSÉES À LA COUR

12 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 6 et 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE, interprétés à la lumière de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 4, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2002/21/CE¹ et l'article 31 de la directive (UE) 2018/1972², doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle de l'ordre juridique italien pertinente (article 1^{er}, paragraphe 1037, de la loi n° 205/2017), dans la mesure où, dans une situation relevant du droit de l'Union, cette réglementation limite les effets du recours en annulation en faisant obstacle au rétablissement de la situation antérieure ou réparation en nature et limite la portée des mesures conservatoires au paiement d'une provision, portant ainsi atteinte à la protection juridictionnelle effective ?

2) 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, telle que modifiée par la directive 2009/140/CE³,

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 (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).

³ 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

ainsi que les articles 5, 6, 8, 9 et 45 de la directive (UE) 2018/1972, 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, qui prive l'autorité administrative indépendante de ses fonctions de régulation, ou les limite sensiblement en tout état de cause, en disposant l'attribution d'une capacité de transmission supplémentaire par procédure à titre onéreux avec attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse et participation des opérateurs déjà existants ?

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/CE⁴, les articles 2 et 4 de la directive 2002/77/CE⁵, les considérants 11 et 20 de la décision 2017/899⁶, 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'Autorité de tutelle des communications (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 ?

4) 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, s'opposent-ils [à un système] tel que celui

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).

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).

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).

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, en ce que ce système ne comporte pas de mesures de nature structurelle pour remédier à la situation d'inégalité constituée précédemment, eu égard, également, aux illégalités antérieurement constatées par la jurisprudence nationale et supranationale, et ne différencie pas la position de l'opérateur ayant acquis une fréquence à l'issue d'une procédure concurrentielle à titre onéreux prévoyant le droit de conserver cette fréquence, ou bien, au contraire, les mesures de nature non structurelle précédemment décrites, adoptées par l'autorité sectorielle, sont-elles appropriées et proportionnées ?

[OMISSIS].

[OMISSIS] [Considérations d'ordre procédural].

PAR CES MOTIFS

Le Consiglio di Stato, siégeant au contentieux (sixième chambre), [OMISSIS] ordonne [OMISSIS] en vertu de l'article 267 TFUE la transmission du dossier à la Cour de justice de l'Union européenne, sur la base et en fonction des conditions énoncées dans les motifs de la présente décision, aux fins de la solution des questions préjudicielles posées dans ces mêmes motifs et suspend à cette fin la procédure, sans préjudice de toute autre décision, y compris sur les dépens.

Prononcé à Rome [OMISSIS], le 28 septembre 202 » [OMISSIS].

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Signatures]