

**Sprawa C-766/23****Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

12 grudnia 2023 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Consiglio di Stato (Włochy)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**1<sup>o</sup> grudnia 2023**Strona wnosząca środek odwoławczy:**

Persidera SpA

**Druga strona w postępowaniu odwoławczym:**

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ministero delle Imprese e del Made in Italy

**Przedmiot postępowania głównego**

Odwołanie od dwóch wyroku Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy) oddalających niektóre skargi wniesione przez Persidera Spa na akty dotyczące krajowego planu przeznaczenia częstotliwości (zwanego dalej „PNAF”), które mają zostać przydzielone na potrzeby świadczenia usługi naziemnej telewizji cyfrowej, jak również na inne akty dotyczące określenia cech tej usługi.

**Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego**

Zgodnie z art. 267 TFUE wnosi się o wykładnię artykułów: 3, 5, 7 i 14 dyrektywy 2002/20/WE; 3, 8 i 9 dyrektywy 2002/21/WE; 2 i 4 dyrektywy 2002/77/WE; 5, 6, 8, 9 i 45 dyrektywy (UE) 2018/1972; i wreszcie motywów 11 i 20 decyzji (UE) 2017/899.

## Pytania prejudycjalne

1) Czy prawo Unii, a w szczególności art. 3 ust. 3 i 3a, art. 8 i 9 dyrektywy 2002/21/WE („dyrektywy ramowej”), zmienionej dyrektywą 2009/140/WE, jak również art. 5, 6, 8, 9 i 45 dyrektywy (UE) 2018/1972, należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie systemowi tego rodzaju, jaki został wprowadzony w Republice Włoskiej na mocy art. 1 ust. 1031 bis ustawy budżetowej na 2018 r., oraz na mocy art. 1 ust. 1105 ustawy budżetowej na 2019 r., który to system pozbawia niezależny organ administracyjny jego funkcji regulacyjnych, lub w każdym razie znacznie je ogranicza, przewidując, że przyznanie dodatkowych zdolności przesyłowych następuje w drodze odpłatnej procedury zakładającej wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie oraz udział operatorów zasiedziałych?

2) Czy prawo Unii, a w szczególności art. 8 i 9 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), art. 3, 5, 7 i 14 dyrektywy 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2020 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach), art. 2 i 4 dyrektywy Komisji 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej, motywy 11 i 20 decyzji UE 2017/899, oraz zasady słuszności, niedyskryminacji, ochrony konkurencji i uzasadnionych oczekiwań, należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie systemowi takiemu jak ten wprowadzony na mocy właściwych przepisów krajowych (art. 1 ust. 1030, 1031, 1031 bis, 1031 ter, 1032 ustawy nr 205/2017), a także na mocy uchwał A.G.Com nr 39/19/CONS, 128/19/CONS, 564/2020/CONS oraz wydanych do nich decyzji dotyczących przyznania praw użytkowania częstotliwości przeznaczonych na potrzeby usługi telewizji cyfrowej, który to system, do celów przekształcenia „praw użytkowania częstotliwości” w „prawa użytkowania zdolności przesyłowych”, nie przewiduje przekształcenia na zasadzie równoważności, lecz zastrzega przyznanie części zdolności przesyłowych w drodze odpłatnej procedury, nakładając na operatorów dodatkowe koszty mające im zagwarantować zachowanie uprawnień, które nabyli uprzednio zgodnie z prawem?

3) Czy prawo Unii, a w szczególności art. 8 i 9 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), art. 3, 5, 7 i 14 dyrektywy 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2020 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach), art. 2 i 4 dyrektywy Komisji 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej, motywy 11 i 20 decyzji UE 2017/899, zasady słuszności, niedyskryminacji, ochrony konkurencji i uzasadnionych oczekiwań oraz zasady proporcjonalności i adekwatności, stoi na przeszkodzie systemowi takiemu jak ten wprowadzony w Republice Włoskiej na mocy art. 1 ust. 1101–

1108 ustawy budżetowej na 2019 r., art. 1 ust. 1030, 1031, 1031 bis, 1031 quater, 1032, 1033, 1034 e 1037 ustawy budżetowej na 2018 r., uchwał A.G.Com nr 39/19/CONS (PNAF), 128/19/CONS i 129/19/CONS oraz wydanych do nich decyzji dotyczących przyznania praw użytkowania częstotliwości przeznaczonych na potrzeby usługi telewizji cyfrowej, który to system nie ustanawia środków o charakterze strukturalnym [i.] pomimo istnienia środków wyrównawczych lub równoważących o charakterze niestrukturalnym, w celu skorygowania wcześniej powstałej sytuacji nierówności przewiduje odpłatną procedurę, która nakłada na operatorów dodatkowe koszty i obciążenia oraz czy takie prawo [Unii], w szczególności w świetle zasad proporcjonalności i adekwatności oraz zasad ustanowionych w wyroku w sprawie Persidera, stoi na przeszkodzie systemowi takiemu jak ten opisywany, mając na względzie także całokształt zmian wprowadzonych w systemie oraz „anomalie”, „uchybień” i „nieprawidłowości” systemu stwierdzone w orzecznictwie krajowym i ponadnarodowym, o którym mowa w uzasadnieniu niniejszego postanowienia, czy też środki o charakterze niestrukturalnym przyjęte przez organ w celu przywrócenia równowagi systemu są wystarczające?

### **Przywołane prawo Unii**

Artykuły 3, 5, 7 i 14 dyrektywy 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach).

Artykuł 3 ust. 3 i 3a oraz art. 8 i 9 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) zmienionej dyrektywą 2009/140/WE

Artykuł 2 i 4 dyrektywy Komisji 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej.

Artykuły 5, 6, 8, 9 i 45 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona).

Motywy 11 i 20 decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/899 z dnia 17 maja 2017 r. w sprawie wykorzystywania zakresu częstotliwości 470–790 MHz w Unii.

Spośród wielu przytoczonych orzeczeń Trybunału UE następujące wyroki mają szczególne znaczenie dla lepszego zrozumienia zdarzeń poprzedzających niniejszy spór: z dnia 31 stycznia 2008 r., C-380/05, Centro Europa 7; z dnia 26 lipca 2017 r., C-560/15, Europa Way i Persidera; z dnia 26 lipca 2017 r., C-112/16, Persidera.

## Przywołane prawo krajowe

W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie mają następujące ustępy art. 1 ustawy nr 205 z dnia 27 grudnia 2017 r. (ustawa budżetowa na 2018 r.), zmienionej ustawą nr 145 z dnia 30 grudnia 2018 r.:

Ustęp 1030: „Do dnia 31 maja 2018 r. organ regulacyjny ds. komunikacji przyjmuje krajowy plan przeznaczenia częstotliwości do wykorzystania na potrzeby świadczenia usługi naziemnej telewizji cyfrowej, zwany PNAF (piano nazionale di assegnazione frequenze), z uwzględnieniem najbardziej zaawansowanych sposobów kodowania lub standardów umożliwiających efektywniejsze wykorzystanie widma oraz z zastosowaniem kryterium obszarów technicznych do planowania na szczeblu lokalnym. Do dnia 31 stycznia 2019 r. organ regulacyjny ds. komunikacji aktualizuje PNAF, o którym mowa w zdaniu poprzednim. W celu wykluczenia zakłóceń radioelektrycznych w państwach sąsiadujących przedmiotem planowania w ramach każdego obszaru koordynacji określonego w umowach międzynarodowych podpisanych przez Ministero dello sviluppo economico (ministerstwo rozwoju gospodarczego, zwane dalej „ministerstwem rozwoju gospodarczego”) i władze państw sąsiadujących zgodnie z decyzją (UE) 2017/899 z dnia 17 maja 2017 r., o której mowa w ust. 1026, są wyłącznie częstotliwości przydzielone Włochom na mocy tychże umów. (...)”.

Ustęp 1031: „Zgodnie z celami europejskiej i krajowej polityki audiowizualnej w zakresie spójności społecznej, pluralizmu mediów i różnorodności kulturowej oraz w celu najefektywniejszego zarządzania widmem, możliwego dzięki wykorzystaniu najbardziej zaawansowanych technologii, wszystkie częstotliwości przeznaczone na obszarze krajowym i lokalnym na potrzeby usługi naziemnej telewizji cyfrowej i przydzielone w paśmie III VHF i 470–694 MHz są przyznawane zgodnie z harmonogramem, o którym mowa w ust. 1032. Mając na względzie te same cele, o których mowa w zdaniu pierwszym, prawa użytkownika częstotliwości posiadane w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy przez krajowych operatorów sieci są przekształcane w prawa użytkownika zdolności przesyłowej w nowych multipleksach krajowych tworzonych w technologii DVB-T2, zgodnie z kryteriami określonymi przez organ regulacyjny ds. komunikacji do dnia 31 marca 2019 r. na potrzeby procedury przyznawania praw użytkownika częstotliwości. Do dnia 31 marca 2019 r. organ regulacyjny ds. komunikacji ustali kryteria przyznawania na szczeblu krajowym praw użytkownika częstotliwości, przewidzianych zgodnie z ust. 1030 na potrzeby usługi naziemnej telewizji cyfrowej dla krajowych operatorów sieci uwzględniając konieczność zagwarantowania ograniczenia ewentualnych kosztów transformacji i realizacji sieci, skrócenia czasu trwania okresu przejściowego, o którym mowa w ust. 1032, oraz zminimalizowania kosztów i skutków oddziaływania na użytkowników końcowych. Do dnia 30 czerwca 2019 r. ministerstwo rozwoju gospodarczego przyznaje krajowym operatorom sieci prawa użytkownika częstotliwości, o których mowa w zdaniu trzecim, na podstawie kryteriów określonych przez organ, o którym mowa w tym samym zdaniu. Organ regulacyjny ds. komunikacji określa zasady i warunki ekonomiczne ze szczególnym naciskiem na koszty,

zgodnie z którymi koncesjonariusz usług publicznych w ramach multipleksu zawierającego informacje regionalne jest zobowiązany do zbycia w okresie przejściowym części przyznanych zdolności przesyłowych, w każdym razie nie mniejszej niż jeden program, na rzecz każdego z podmiotów działających zgodnie z prawem na szczeblu lokalnym, którzy na dzień wejścia w życie niniejszego przepisu posiadają prawa użytkowania kanałów CH 51 i 53 i którzy uwolnią w okresie przejściowym odnośne prawa użytkowania zgodnie z ust. 1032”.

Ustęp 1031 bis: „Przyznanie dodatkowych zdolności przesyłowych dostępnych na szczeblu krajowym oraz częstotliwości naziemnych, dodatkowych w stosunku do tych wykorzystanych do przekształcenia praw użytkowania, o którym mowa w ust. 1031 i przewidzianych przez organ regulacyjny ds. komunikacji w PNAF do wykorzystania na potrzeby usługi naziemnej telewizji cyfrowej dla krajowych operatorów sieci oraz koncesjonariusza publicznych usług radiowych, telewizyjnych i multimedialnych, odbywa się w drodze odpłatnej procedury bez licytacji w trybie konkurencyjnym, która zostanie wszczęta do dnia 30 listopada 2019 r. przez ministerstwo rozwoju gospodarczego, z zastosowaniem procedur ustanowionych w terminie do dnia 30 września 2019 r. przez organ regulacyjny ds. komunikacji zgodnie z art. 29 kodeksu łączności elektronicznej, o którym mowa w dekrete ustawodawczym nr 259 z dnia 1 sierpnia 2003 r., na podstawie następujących zasad i kryteriów: a) przydzielanie zdolności przesyłowych i częstotliwości w oparciu o podział na części o wielkości równej połowie multipleksu; b) określenie minimalnej wysokości ofert na podstawie wartości rynkowych wskazanych przez organ regulacyjny ds. komunikacji; c) uwzględnienie wysokości złożonych ofert finansowych; d) zagwarantowanie ciągłości usługi, szybkości transformacji technologicznej, a także jakości infrastruktury technologicznej udostępnianej przez krajowych operatorów sieci działających w sektorze, w tym koncesjonariusza publicznych usług radiowych, telewizyjnych i multimedialnych e) promowanie doświadczenia zdobytego przez krajowych operatorów sieci w sektorze, ze szczególnym uwzględnieniem realizacji cyfrowych sieci nadawczych; f) promowanie zdolności strukturalnych w zakresie zapewnienia efektywności wykorzystania widma, profesjonalizmu i umiejętności nabytych w sektorze, innowacyjności technologicznej oraz optymalnego, skutecznego i terminowego wykorzystania zdolności przesyłowej i dodatkowych częstotliwości; g) zapewnienie najefektywniejszego wykorzystania widma, przy uwzględnieniu programów dobrej jakości aktualnie nadawanych w technologii naziemnej telewizji cyfrowej odbieranych przez zdecydowaną większość mieszkańców Włoch. Ministro dell'economia e delle finanze (minister ds. gospodarki i finansów, Włochy) jest upoważniony do zapewnienia, w drodze dekretów, realokacji dochodów, wpłacanych do określonego działu dochodów budżetu państwa, przypisując je do poszczególnych działów wydatków budżetu państwa w preliminarzu ministerstwa rozwoju gospodarczego przeznaczonych na realizację działań mających na celu zachęcenie do zakupu urządzeń do odbioru telewizyjnego, o których mowa w ust. 1039 lit. c), z poszanowaniem zasady neutralności technologicznej, oraz na wspieranie badań w zakresie nowych technologii telewizyjnych, zgodnie ze szczegółowymi zasadami operacyjnymi

i procedurami wydatkowania ustalonymi w drodze dekretu ministra rozwoju gospodarczego, w porozumieniu z ministrem ds. gospodarki i finansów”.

Ustęp 1031 ter: „Okres ważności praw użytkowania częstotliwości nabytych w wyniku przekształcenia, o którym mowa w ust. 1031, a także praw nabytych w wyniku przyznania w drodze procedury, o której mowa w ust. 1031 bis, ustala się zgodnie z przepisami kodeksu łączności elektronicznej, o którym mowa w dekrete ustawodawczym nr 259 z dnia 1 sierpnia 2003 r.”.

Ustęp 1032: „Do dnia 30 czerwca 2018 r., w drodze dekretu ministra rozwoju gospodarczego, po przeprowadzeniu konsultacji publicznych, sporządzony zostanie krajowy harmonogram określający terminy planu działania celem wdrożenia założeń decyzji (UE) 2017/899 z dnia 17 maja 2017 r., o której mowa w ust. 1026, uwzględniając potrzebę ustanowienia okresu przejściowego, od dnia 1 stycznia 2020 r. do dnia 30 czerwca 2022 r., mającego służyć zapewnieniu uwolnienia częstotliwości przez wszystkich operatorów sieci posiadających odnośne prawa użytkowania na szczeblu krajowym i lokalnym jak również restrukturyzacji multipleksu zawierającego informacje regionalne przez koncesjonariusza publicznych usług radiowych, telewizyjnych i multimedialnych, oraz stosując następujące kryteria: a) określenie obszarów geograficznych, w obrębie których należy dokonać podziału terytorium krajowego na potrzeby przydzielenia częstotliwości, również w celu uniknięcia lub ograniczenia problemów związanych z zakłóceniami radioelektrycznymi w państwach sąsiadujących, które wykorzystują pasmo 700 MHz na potrzeby usługi łączności ruchomej zgodnie z harmonogramem przewidującym wcześniejsze terminy realizacji w porównaniu z Włochami; b) uwolnienie, w terminie określonym w lit. f), przez operatorów sieci posiadających prawa użytkowania na szczeblu lokalnym, wszystkich częstotliwości wykorzystywanych w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy i jednoczesna aktywacja częstotliwości przeznaczonych w PNAF do transmisji lokalnych; c) uwolnienie, w terminie określonym w lit. f), przez koncesjonariusza publicznych usług radiowych, telewizyjnych i multimedialnych, częstotliwości wykorzystywanych w dniu wejścia w życie niniejszego przepisu w ramach multipleksu usługi publicznej zawierającego informacje regionalne i jednoczesna aktywacja częstotliwości przeznaczonych w PNAF do realizacji nowego multipleksu z możliwością podziału na makro obszary; d) uwolnienie w terminie, o którym mowa w lit. f), przez operatorów krajowych, częstotliwości w paśmie 702–734 MHz odpowiadających kanałom 50–53 i jednoczesna aktywacja dostępnych częstotliwości, które zostaną wskazane z uwzględnieniem konieczności ograniczenia utrudnień dla użytkowników oraz zapewnienia ciągłości działalności przedsiębiorstw, a także uwolnienie w terminie, o którym mowa w lit. f), przez operatorów sieci posiadających prawa użytkowania na szczeblu lokalnym, częstotliwości odpowiadających programom CH 51 i 53 dla nowych obszarów geograficznych, o których mowa w lit. a), w każdym razie w okresie przejściowym od dnia 1 stycznia 2020 r. do dnia 31 grudnia 2021 r.; e) uwolnienie pozostałych częstotliwości i aktywacja częstotliwości przewidzianych w PNAF, będących przedmiotem pozostałych krajowych praw użytkowania; f) wyznaczenie dla

krajowych operatorów posiadających prawa użytkowania kanałów CH 50 i 52, o których mowa w lit. d), zgodnie z przyjętymi kryteriami, terminów kolejności uwolnień i jednoczesnych aktywacji częstotliwości, w każdym razie w okresie przejściowym od dnia 1 stycznia 2020 r. do dnia 31 grudnia 2021 r., które mają zostać przeprowadzone na kolejnych obszarach geograficznych wskazanych w lit. a), wyznaczenie dla operatorów na szczeblu lokalnym, posiadających prawa użytkowania kanałów CH 51 i 53, o których mowa w lit. d), zgodnie z przyjętymi kryteriami, terminów kolejności uwolnień i jednoczesnych aktywacji częstotliwości, w każdym razie w okresie przejściowym od dnia 1 stycznia 2020 r. do dnia 31 grudnia 2021 r., które mają zostać przeprowadzone na kolejnych obszarach geograficznych wskazanych w lit. a), a także wyznaczenie terminów uwolnienia pozostałych częstotliwości i aktywacji częstotliwości przewidzianych w PNAF i będących przedmiotem innych praw użytkowania, o których mowa w lit. b), c) i e). Minister rozwoju gospodarczego, w terminie do dnia 15 kwietnia 2019 r., dokona aktualizacji dekretu, o którym mowa w zdaniu poprzednim”.

Co się tyczy czterech uchwał Autorità italiana per le Garanzie nelle Comunicazioni (włoskiego organu regulacyjnego ds. Komunikacji; zwanego dalej „AGCOM”), o których mowa w drugim i trzecim pytaniu prejudycjalnym, ich treść sprowadza się zasadniczo do nowego sformułowania wytycznych opracowanych przez ustawodawcę krajowego w przytoczonych powyżej ustępach ustawy budżetowej na 2018 r. z uwzględnieniem szczegółowo określonych danych technicznych.

### **Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i postępowania**

- 1 Niniejsza sprawa stanowi ostatni etap postępowania wszczętego przed 2000 r., w której stronami byli operatorzy, którzy, podobnie jak Persidera, nie zdołali, pomimo podjętych starań, wprowadzić ogólnokrajowej usługi telewizyjnego nadawania analogowego, gdyż napotkali przeszkodę nie do pokonania w postaci problematycznego kontekstu, który sama włoska/sam włoski Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny; Włochy; zwany dalej trybunałem konstytucyjnym) określiła/określił jako „faktyczne zajmowanie częstotliwości (korzystanie z urządzeń bez koncesji lub zezwoleń) poza jakąkolwiek logiką pluralizmu w przydzielaniu częstotliwości i przy braku odpowiedniego planowania w zakresie nadawania bezprzewodowego. To faktyczne zajmowanie było zresztą wielokrotnie [i] przez długi czas zatwierdzone ex post i konwalidowane przy pomocy zezwoleń na kontynuowanie działalności wydawanych poszczególnym prywatnym nadawcom radiowo telewizyjnym”.
- 2 Trybunał konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się w tej sprawie, stwierdzając niezgodność z konstytucją szeregu przepisów, które faktycznie uniemożliwiały skuteczną realizację zasady pluralizmu informacyjnego, wymuszając każdorazowo na prawodawcy zmianę istniejących przepisów, których zakłócające skutki były jednak za każdym razem przedłużane na mocy przepisów przejściowych, uniemożliwiając tym samym definitywne rozwiązanie tej kwestii.

- 3 Ta nietypowa sytuacja utrzymywała się również na etapie przejścia z nadawania analogowego na cyfrowe, jako że przy regulacji tego przejścia ustawodawca włoski przyjął za punkt wyjścia właśnie ten kontekst, z którego nie zostały jeszcze w pełni usunięte nieprawidłowości stwierdzone zarówno przez włoski trybunał konstytucyjny, jak i przez sam Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zob. trzy ww. wyroki Trybunału).
- 4 Zatem, w sytuacji, która nie była jeszcze jasno zdefiniowana, przyjęta została ustawa budżetowa na 2018 r., która, podobnie jak wiele innymi aktów, ma na celu, z jednej strony, przyznanie częstotliwości w paśmie MHz 700 (MHz 694–790) na potrzeby naziemnych systemów zdolnych do zapewnienia usług bezprzewodowej szerokopasmowej łączności elektronicznej, a z drugiej strony, stworzenie nowej struktury dla systemu radiowotelewizyjnego na naziemnej platformie cyfrowej (krajowej i lokalnej).
- 5 Na tej podstawie władze krajowe wydały akty, na mocy których AGCOM przyznane zostało uprawnienie do przyjęcia nowego PNAF oraz określenia kryteriów przekształcenia praw użytkowania częstotliwości już posiadanych przez krajowych operatorów sieci w prawa użytkowania zdolności przesyłowej, gwarantując przejście z krajowych *multipleksów* w technologii DVB-T na nowe krajowe *multipleksy* w technologii DVB-T2. Zgodnie z powyższymi wskazaniem organ opracował PNAF 2019 (zatwierdzony uchwałą organu regulacyjnego ds. komunikacji nr 39/19/CONS), w którym zaplanowano łącznie 12 nowych krajowych częstotliwości DVB-T2 i ustalono parametry konfiguracyjne, na podstawie których przewidziano bezpośrednie przekształcenie/przydział tylko 10 multipleksów DVB-T2 w ramach przekształcenia 20 krajowych sieci DVB-T.
- 6 Sąd odsyłający zwraca uwagę, że opracowanie na tej podstawie PNAF napotkało znaczne trudności przy określaniu współczynnika przeliczeniowego, który miał zostać wykorzystany do uregulowania procesu przechodzenia z poprzednich zdolności przesyłowych posiadanych przez operatorów na nowe: w rzeczy samej AGCOM, starając się uniknąć nadmiernej fragmentaryzacji rynku, nie miał możliwości określenia tego współczynnika na podstawie uwarunkowań czysto technicznych, ponieważ gdyby to zrobił, nie mógłby przedstawić ustawodawcy pakietu częstotliwości („dywidendy cyfrowej”), wyraźnie przewidzianego w ustawie budżetowej na 2018 r., który miał zostać przydzielony w drodze odpłatnej procedury.

### **Zasadnicze argumenty stron w postępowaniu głównym**

- 7 Sąd odsyłający odnosi się wyłącznie do skarg wniesionych przez spółkę Persidera, która, podobnie jak inni operatorzy (tacy jak Cairo Network, w sprawie C-764/23, obecnie w toku), krytykuje techniczne aspekty procedury refarmingu ustanowionej na mocy PNAF, wskazując, iż zaplanowanie dla usługi naziemnej telewizji cyfrowej 10 multipleksów krajowych (w paśmie UHF) i 4 multipleksów lokalnych (w paśmie UHF) oraz jednego multipleksu regionalnego w paśmie VHF



jest niezgodne z prawem i prowadzi do drastycznego zredukowania o 50 % obecnych multiplexów krajowych (z 20 do 10), naruszając zasadę wydajności widma telewizyjnego; Persidera podnosi również błędy w ocenie technicznej.

- 8 Konkretnie zastosowanie powyższych uregulowań doprowadziło do przyznania spółce Persidera zasobów widma (2,5 multiplexów DVB-T2) uznanych za nierównoważne zasobom przez nią już zarządzanym (5 multiplexów DVB-T). Według Persidera przydział ten spowodował utratę zdolności przesyłowych i zasięgu terytorialnego, co w konsekwencji skutkuje naruszeniem jej interesów ekonomicznych i konkurencyjnych. Persidera podniosła również niezgodność z prawem wyżej wskazanych aktów w zakresie, w jakim nie zapewniły one żadnej rekompensaty na jej rzecz, przewidując jedynie możliwość uzyskania dodatkowego multiplexu DVB-T2 poprzez udział w odpłatnym przetargu przewidzianym w art. 1 ust. 1031 bis ustawy budżetowej na 2018 r.

### **Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego**

- 9 Co się tyczy **pytania pierwszego**, Consiglio di Stato odwołuje się do wyjaśnień, których wyraźnie zażądano od AGCOM, w celu uzasadnienia dokonanych przez ten organ wyborów dotyczących kryteriów przeliczania praw użytkowania starych częstotliwości na odpowiadające im prawa użytkowania nowych częstotliwości. O ile z jednej strony wyjaśnienia te potwierdzają wyjątkową złożoność rozwiązań technicznych, które należało przyjąć w tym zakresie, o tyle z drugiej strony podkreślają one decydujący wpływ, jaki wywarł w tym kontekście kierunek polityki przyjęty przez ustawodawcę, który znalazł swój wyraz w szczególności w art. 1 ust. 1031 i 1031 bis ustawy budżetowej na 2018 r. (cytowanej powyżej). Sąd odsyłający ma wątpliwości co do tego, czy niezwykle precyzyjna treści tych przepisów jest zasadniczo zgodna z podstawowymi uprawnieniami AGCOM, który jako KOR powinien zawsze dysponować, w świetle prawa Unii (zob. w szczególności ww. dyrektywę ramową i Europejski kodeks łączności elektronicznej), szeroką autonomią i niezależnością w stosunku do władzy ustawodawczej, aby móc efektywnie uczestniczyć w tworzeniu „demokracji gospodarczej”, która jest niezbędna do zagwarantowania każdemu operatorowi równych szans konkurowania na wolnym rynku. Sąd odsyłający obawia się, że ze względu na fakt, iż obowiązujące przepisy samodzielnie określają wielkość przyznawanych części przetargu oraz ustanawiają odnośne zasady proceduralne, uprawnienia dyskrecjonalne AGCOM zostały bezprawnie ograniczone.
- 10 W odniesieniu do **pytania drugiego** sąd odsyłający podkreśla, że wybory polityczne dokonane przez ustawodawcę, które znalazły wyraz w przepisach zawartych w ustawie budżetowej na 2018 r. ze zmianami (zob. powyżej; w szczególności art. 1 ust. 1031 bis), zobowiązując AGCOM do przeformułowania planu przeznaczenia częstotliwości w taki sposób, aby przekształcenie uprzednio wydanych koncesji nie było pełne, lecz aby znaczna ich część została zastrzeżona do przydzielenia w drodze „odpłatnej procedury bez licytacji w trybie konkurencyjnym” (tzw. „dywidenda zewnętrzna”),

spowodowały, w stosunku do operatorów posiadających częstotliwości do nadawania w naziemnej technice cyfrowej, na których przydział podmioty te musiały już ponieść w przeszłości znaczne wydatki, ograniczenie ich dotychczasowych praw oraz konieczność uiszczenia dodatkowych opłat w celu zachowania zdolności nadawczej równoważnej tej, której byli już posiadaczami. Zdaniem Consiglio di Stato nie jest to zgodne ani z uregulowaniami Unii w tej dziedzinie (w szczególności z odpowiednimi przepisami dyrektywy ramowej i dyrektywy o zezwoleniach), ani z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, ochrony konkurencji i uzasadnionych oczekiwań. AGCOM, zapytany wprost o tę kwestię, wskazał ponadto sądowi odsyłającemu, że „swoboda w zakresie oceny technicznej, którą dysponował [wydając przytoczone w pytaniu trzecim uchwały] przy określaniu współczynnika przeliczeniowego między [starymi i nowymi] sieciami [cyfrowymi], [została] bezwzględnie uwarunkowana i ograniczona przepisami ustawy budżetowej na 2018 r.”.

- 11 Co się tyczy **pytania trzeciego**, sąd odsyłający przywołuje przede wszystkim wcześniejsze precedensy ustanowione w przywołanym powyżej wyroku Trybunału C-112/16, który dotyczył właśnie spółki Persidera. W celu usunięcia stwierdzonych wówczas zakłóceń równowagi, AGCOM zaplanował przydział, w drodze odpłatnej procedury, czterech części przetargu, odpowiadających czterem ogólnym prawom użytkowania częstotliwości, z których każda miała wielkość równą połowie krajowego multipleksu w technologii DVB-T2. Cztery części zostały podzielone na trzy kategorie: P1 (jedna część); P2 (jedna część); P3 (dwie części). AGCOM dopuścił spółkę Persidera (w przeciwieństwie do RAI i Mediaset, nadawców zasiedziały) do konkurowania o przydział części P2 i P3 (ale nie części P1, zarezerwowanej dla nowych podmiotów i operatorów jednosieciowych), w celu zrównoważenia przewagi konkurencyjnej uzyskanej bezprawnie przez wspomniane RAI i Mediaset. Jednakże zdaniem spółki Persidera, której stanowisko zdaje się podzielać sąd odsyłający, rozwiązanie to w żaden sposób nie usuwa wspomnianej nierównowagi, naruszając zasady i przepisy prawa Unii w tej dziedzinie, z tego względu, że: przeprowadzone zostało niepełne przekształcenie wcześniejszych praw w celu zagwarantowania dywidendy zewnętrznej przeznaczonej do przydzielenia w drodze odpłatnej procedury (zob. pytanie drugie); ponadto, jako środek mający za zadanie przywrócenie równowagi między różnymi pozycjami operatorów stosowana jest jedynie procedura odpłatna, wprowadzona na mocy nieharmonijnych przepisów, które umożliwiają spółce Persidera zniwelować powstałą wcześniej nierównowagę jedynie pod warunkiem poniesienia dodatkowych kosztów i bez rekompensaty za utratę wcześniej posiadanych praw.