

Sag C-765/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

12. december 2023

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

1. december 2023

Appellant:

Europa Way Srl

Indstævnte:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Presidenza del Consiglio dei ministri

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Hovedsagens genstand

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

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

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

45 i direktiv (EU) 2018/1972 og afslutningsvis 11. og 20. betragtning til afgørelse (EU) 2017/899.

Præjudicielle spørgsmål

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

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

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

del af kapaciteten til en udvælgelsesprocedure mod vederlag og pålægger en operatør yderligere omkostninger, såfremt denne vil sikre sig bevarelsen af de rettigheder, som denne over tid har erhvervet på lovlig vis?

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

Anførte EU-retlige forskrifter og anført praksis fra Domstolen

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

Chartrets artikel 47.

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

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

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

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

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

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

Anførte nationale forskrifter

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

Artikel 30 i decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo) (lovdekret nr. 104 af 2.7.2010, loven om forvaltningsproceduren): »1. Erstatningssøgsmålet kan anlægges samtidigt med andet søgsmål eller – alene i de tilfælde, som er omfattet af enekompetence, og i de i denne artikel omhandlede tilfælde – også særskilt. 2. Der kan nedlægges påstand om erstatning af uberettiget tab som følge af retsstridig udførelse af administrative opgaver eller manglende udførelse af de tildelte opgaver. I de tilfælde, som er omfattet af enekompetence, kan der også nedlægges påstand om erstatning af tab som følge af krænkelse af subjektive rettigheder. Når betingelserne i artikel 2058 i codice civile er opfyldt, kan der også nedlægges påstand om erstatning af tab in natura. 3. Erstatningssøgsmål for krænkelse af legitime interesser skal anlægges inden for en frist på 120 dage fra den dag, hvor begivenheden har fundet sted, eller der er opnået kendskab til foranstaltningen, såfremt tabet direkte følger af sidstnævnte. Forvaltningsdomstolen fastsætter erstatningen under hensyntagen til alle faktiske omstændigheder og parternes samlede adfærd og udelukker under alle omstændigheder erstatning af tab, som ville have kunnet undgåes ved udvisning af normal omhu, herunder ved anvendelse af de fastsatte beskyttelsesinstrumenter. 4. Med hensyn til erstatning af det eventuelle tab, som sagsøgeren beviser at have lidt som følge af forsætlig eller uagtsom manglende overholdelse af fristen for afslutning af proceduren, begynder fristen i stk. 3 ikke at løbe, så længe den manglende overholdelse vedvarer. Fristen i stk. 3 begynder under alle omstændigheder at løbe ét år efter udløbet af fristen for afhjælpning. 5. I tilfælde af annullationssøgsmål kan påstanden om erstatning nedlægges i løbet af sagen eller under alle omstændigheder inden for 120 dage fra den dato, hvorpå den respektive dom opnår retskraft. 6. Erstatningssøgsmål for krænkelse af legitime

interesser eller, på områder som er omfattet af enekompetence, af subjektive rettigheder henhører under forvaltningsdomstolenes enekompetence.«

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

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

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

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

er forpligtet til, i overgangsperioden, at overdrage en andel af den tildelte transmissionskapacitet, og under alle omstændigheder i det mindste én kanal, til hver enkelt af de personer, som på datoen for denne bestemmelses ikrafttrædelse på lovlig vis opererer på lokalt plan og er indehavere af brugsrettigheder til kanalerne CH 51 og 53, og som frigiver de respektive brugsrettigheder i overgangsperioden i henhold til stk. 1032.«

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

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

Stk. 1032: »Inden den 30. juni 2018 fastsætter ministeren for økonomisk udvikling ved dekret og efter offentlig høring den nationale tidsplan med fristerne i køreplanen for gennemførelsen af målene i afgørelse (EU) 2017/899 af 17. maj 2017, nævnt i stk. 1026, under hensyntagen til behovet for at fastsætte en overgangsperiode fra den 1. januar 2020 til den 30. juni 2022 med henblik på at sikre, dels at alle netoperatører, der er indehavere af de respektive brugsrettigheder på nationalt og lokalt plan, frigiver deres frekvenser, dels at public service-koncessionshaveren for radio, tv og multimedier omstrukturerer multiplexen med regional information, idet følgende kriterier anvendes: a) der identificeres de geografiske områder, i hvilke landet opdeles med henblik på tildeling af frekvenser, herunder for at undgå eller reducere interferens for de radioelektrisk nærliggende lande, som begynder at anvende 700 MHz-frekvensbåndet for mobiltjenester på et tidligere tidspunkt end Italien; b) de netoperatører, som er indehavere af brugsrettigheder på lokalt plan, frigiver inden den i litra f) fastsatte frist alle frekvenser, som de anvender på datoen for denne lovs ikrafttrædelse, og samtidigt aktiveres de frekvenser, som ifølge frekvensplanen er bestemt til transmission på lokalt plan; c) public service-koncessionshaveren for radio, tv og multimedier frigiver inden den i litra f) fastsatte frist de frekvenser, som på datoen for denne bestemmelses ikrafttrædelse anvendes af public service-multiplexen med regional information, og samtidigt aktiveres de frekvenser, som ifølge frekvensplanen er bestemt til realiseringen af den nye multiplex med mulighed for opdeling efter makroområder; d) de nationale operatører frigiver inden den i litra f) fastsatte frist frekvenserne inden for 702-734 MHz-frekvensbåndet svarende til kanalerne 50-53, og samtidigt aktiveres de tilgængelige frekvenser, der skal identificeres under hensyntagen til behovet for at begrænse gener for brugerne og at sikre videreførelse af virksomhederne, og endvidere frigiver netoperatører, der er indehavere af brugsrettigheder på lokalt plan, inden den i litra f) fastsatte frist frekvenserne svarende til kanalerne CH 51 og 53 og bestemt til de fremtidige geografiske områder, som er identificeret i henhold til litra a), og under alle omstændigheder i overgangsperioden fra den 1. januar 2020 til den 31. december 2021; e) de resterende frekvenser frigives, og de frekvenser ifølge frekvensplanen, som er genstand for de resterende brugsrettigheder på nationalt plan, aktiveres; f) der fastsættes dels fristerne, under alle omstændigheder inden for overgangsperioden fra den 1. januar 2020 til den 31. december 2021, for såvel sekvensen med frigivelser og samtidige aktiveringer af frekvenserne på grundlag af de fastsatte kriterier og til gavn for de nationale operatører, der er indehavere af brugsrettigheder til kanalerne CH 50 og 52 i litra d), som skal realiseres ifølge de fremtidige geografiske områder, som er identificeret i henhold til litra a), som sekvensen med frigivelser af frekvenserne på grundlag af de fastsatte kriterier og med hensyn til de lokale operatører, der er indehavere af brugsrettighederne til kanalerne CH 51 og 53 i litra d), som skal realiseres ifølge de fremtidige geografiske områder, som er identificeret i henhold til litra a), og under alle omstændigheder i overgangsperioden fra den 1. januar 2020 til den 31. december 2021, dels fristerne for frigivelse af de resterende frekvenser og aktiveringen af de frekvenser ifølge frekvensplanen, som er genstand for de resterende brugsrettigheder i litra b), c) og e). Ministeren for

økonomisk udvikling ajourfører dekretet i det foregående punktum inden den 15. april 2019.«

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

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

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

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

(forfatningsdomstol) og Domstolen (jf. Domstolens tre ovennævnte domme) – endnu ikke var reelt afhjulpet.

- 4 Faktisk vedtog AGCOM den 7. april 2009 en beslutning (181/09/CONS), hvorved kriterierne for den fuldstændige digitalisering af jordbaserede tv-net blev fastsat. I beslutningen var det bl.a. bestemt, at der skulle tildeles 21 nationale multiplexer, som gør det muligt at samle forskellige signaler til én samlet datastrøm og transmittere flere jordbaserede digitale tv-tjenester på én gang. Med henblik på at fordele multiplexerne mellem de nye operatører, de operatører, som havde oprettet digitale net, og dem, som i forvejen drev analoge net, blev disse multiplexer opdelt i tre grupper, der skulle tildeles i henhold til forskellige kriterier. Endvidere var det bestemt, at ingen af de forskellige operatører kunne opnå flere end fem multiplexer i forbindelse med udvælgelsesproceduren. Navnlig skulle de radiofrekvenser, der hidrørte fra den såkaldte digitaliseringsdividende (dvs. de resterende frekvenser efter tildeling af frekvenser til alle operatører), tildeles uden vederlag til de operatører, som opfyldte de fastsatte betingelser, gennem en udvælgelsesprocedure, der blev forvaltet i henhold til den såkaldte beauty contest-model (en udbudsprocedure, i hvilken kun virksomheder med visse egenskaber kan deltage; også benævnt »vederlagsfri udvælgelsesprocedure«). Reguleringen skulle sikre også små operatører muligheden for at få tildelt de nødvendige frekvenser. Europa Way fik adgang til at deltage i proceduren.
- 5 Ved dekret af 20. januar 2012 suspenderede imidlertid ministeriet for økonomisk udvikling beauty contest-proceduren, som blev erstattet af en offentlig udbudsprocedure mod vederlag, i hvilken Europa Way ikke deltog. Den sidstnævnte virksomhed foretrak at anlægge forvaltningsretlig sag med henblik på at anfægte afgørelsen om annullation af beauty contest-proceduren og fik oprindeligt fastslået, at de omhandlede foranstaltninger var retsstridige (dette også i Domstolens nævnte dom i sag C-560/15), hvorfor de anfægtede retsakter blev annulleret. Imidlertid bekræftede AGCOM efterfølgende sit valg af en udvælgelsesprocedure mod vederlag, hvilket valg ifølge Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) var begrundet, fordi det ikke var »resultatet af en begrænsning udefra [dvs. pålagt af lovgiver], men af overbevisningen om, at der skulle tages hensyn til den finansielle interesse, sådan som allerede udtrykt af lovgiver«.
- 6 I en situation, som således endnu var kendetegnet ved uregelmæssigheder, blev finansloven for 2018 vedtaget, der blandt de mange foranstaltninger sigtede mod dels at tildele frekvenserne i 700 MHz-frekvensbåndet (694-790 MHz) til jordbaserede systemer, der kan levere trådløse bredbåndskommunikationstjenester, dels at oprette en ny struktur for radio- og tv-systemet på digitalt jordbaseret platform (nationalt og lokalt) med hensyn til de frekvenser, som forblev tilgængelige for transmissionstjenesten (174-230 MHz og 470-694 MHz). Den forelæggende ret har understreget, at udarbejdelsen af den heraf følgende nationale frekvensplan mødte betydelige vanskeligheder i forbindelse med fastsættelse af faktoren for at regulere omlægningen af operatørernes tidligere transmissionskapaciteter til de nye; AGCOM prøvede at

undgå en for stor fragmentering af markedet, men blev ikke sat i stand til at bestemme denne faktor på grundlag af alene tekniske grunde, fordi den i så fald ikke ville have kunnet stille den udtrykkeligt i finansloven for 2018 fastsatte pakke med frekvenser («digitaliseringsdividenden»), som skulle tildeles gennem en udvælgelsesprocedure mod vederlag, til rådighed for lovgiver.

- 7 Den under disse omstændigheder udarbejdede plan udviser derfor en række kritiske aspekter, som ligger til grund for de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag. Den nye lovgivning har nemlig ignoreret de uregelmæssigheder, som allerede er blevet påvist af de nationale retter og Domstolen, og synes ikke at afhjælpe disse unormale forhold på strukturel vis, eftersom den ikke tager særligt hensyn til operatører, som allerede er indehavere af en frekvens mod vederlag og regner med en ret til at bevare den, udelukker omkostningsfrie omlægningsprocedurer, men derimod foreskriver en udvælgelsesprocedure mod vederlag og pålægger den berørte operatør at afholde yderligere omkostninger for de rettigheder, som denne allerede er indehaver af, og endeligt synes uforholdsmæssigt at begrænse skønsmargenen for den myndighed, som har til opgave at administrere radio- og tv-systemet, og som derimod burde handle helt uafhængigt, ud over at indeholde undtagelsesbestemmelser, som begrænser de erstatningsmæssige virkninger af eventuelle annullationsspørgsmål.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 8 Europa Way har påberåbt sig flere tilsidesættelser af den relevante EU-ret, først og fremmest eftersom den nye italienske lovgivning indskrænker uafhængigheden af den nationale tilsynsmyndighed, der ukritisk skal tilslutte sig den italienske forvaltnings holdning, og endvidere sidestiller de net, som ulovligt indehaves af de tidligere monopolhavere, som stadig har en dominerende stilling på markedet (de såkaldte »incumbents«), med de net, som de øvrige operatører besidder på lovlig vis, og afslutningsvis tilsidesætter princippet om kontinuitet i udbuddet, henset til, at Europa Way som følge af de anvendte kriterier vedrørende omlægning til digitale net fik sin frekvens halveret til trods for, at selskabet regelmæssigt udførte den aktivitet på analogt net, for hvilken den anmodede om tildeling af brugsrettigheder.
- 9 De indstævnte myndigheder har modsat sig alle fremførte klagepunkter og nedlagt påstand om, at appellen afvises eller forkastes.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

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

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

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

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

- 13 Hvad angår **det fjerde spørgsmål** har den forelæggende ret beskrevet det komplekse forløb, som aldrig er blevet fuldstændigt afklaret, som har kendetegnet udviklingen af reguleringen af markedet for frekvenser til tv-transmission i Italien i de seneste årtier (for nærmere detaljer henvises til de tre ovennævnte domme i sag C-380/05, i sag C-560/15 og i sag C-112/16). Den italienske regering, som gentagne gange er blevet opfordret af både de nationale retter og Domstolen til at overholde sin pligt til at regulere dette marked under iagttagelse af objektive, transparente og ikkediskriminerende kriterier, har aldrig reelt haft held med at afhjælpe alle de uregelmæssigheder, som er resultatet af tidligere politiske valg, og efter den forelæggende rets opfattelse har lovgiver end ikke benyttet den lejlighed i dette øjemed, som fulgte af behovet for at omorganisere dette marked med henblik på at omlægge de gamle til de nye transmissionsteknologier. Den forelæggende ret mener således sammenfattende, for det første at artikel 1, stk. 1031a, i finansloven for 2018, og de heraf følgende valg, som AGCOM har truffet, har bevirket en ufuldstændig omlægning af de tidligere rettigheder med henblik på at oprette en pakke med frekvenser, som skulle tildeles gennem en udvælgelsesprocedure mod vederlag, for det andet at selv en operatør, som var indehaver af brugsrettigheder til frekvenser, har været nødt til at være omfattet af en procedure vedrørende omlægning/tildeling, som i praksis har indskrænket de tidligere opnåede rettigheder, og for det tredje at alene udvælgelsesproceduren mod vederlag er blevet benyttet som foranstaltning til igen at bringe de forskellige stillinger i balance, og at de vedtagne asymmetriske bestemmelser har pålagt de ikke så etablerede operatører på markedet yderligere omkostninger for at opnå det, som mindst er nødvendigt for at bevare deres tidligere stillinger.