

Secondo la Corte di giustizia UE non è compatibile con il diritto UE e, in particolare, con l'art. 49 TFUE, la normativa dello Stato italiano che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro stato membro - i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore - di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni (SIC) ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo.

Corte di giustizia UE, sez. V, sentenza 3 settembre 2020, C-719/18, Vivendi SA

Concorrenza – Comunicazioni elettroniche – Limite massimo di ricavi – Incompatibilità con il diritto UE

L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia UE ha ritenuto non compatibile con l'art. 49 TFUE la normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel SIC ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo.

II. – La questione pregiudiziale era stata sollevata dal T.a.r. per il Lazio, sez. III, ordinanza, 5 novembre 2018, n. 10654 (oggetto della News US, in data 19 novembre 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, ma sulla quale si veda *infra* § n), il quale aveva sottoposto alla Corte la disciplina nazionale sulle posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni, avanzando quesiti pregiudiziali di interpretazione sia in ordine alla individuazione delle imprese che superino i previsti livelli di fatturato nel settore delle comunicazioni elettroniche sia in ordine ai conseguenti limiti imposti ai ricavi conseguibili nel SIC.

In particolare:

- a) il caso controverso muove dalla impugnazione, proposta dalla società francese Vivendi S.A., della delibera con cui l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) ha ritenuto che la posizione della stessa Vivendi nel settore delle comunicazioni elettroniche e nel sistema integrato delle comunicazioni, in ragione

delle partecipazioni azionarie da essa detenute in Telecom Italia s.p.a. e Mediaset s.p.a., violi l'art. 43, comma 11 - "*posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni*" - del d.lgs. 3 luglio 2005, n. 177 (testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, t.u.s.m.a.r.);

b) Vivendi S.A.:

b1) era una società francese operante nel settore dei *media* e nella creazione e distribuzione di contenuti audiovisivi, nonché primo azionista della società Telecom Italia s.p.a., con una partecipazione pari al 23,9% del capitale sociale, di cui ha la maggioranza dei seggi in Consiglio di amministrazione, ed ha quindi acquisito il controllo della stessa Telecom;

b2) era giunta a detenere il 28,8% del capitale sociale di Mediaset s.p.a. e il 29,94% dei diritti di voto, senza tuttavia acquisire il controllo in Mediaset;

c) in data 20 dicembre 2016, Mediaset ha segnalato all'AGCOM la violazione da parte di Vivendi dell'art. 43, comma 11, poiché le partecipazioni da essa detenute in Telecom e Mediaset supererebbero i limiti posti dalla citata norma alla libera circolazione dei capitali, per finalità di tutela del pluralismo dell'informazione;

d) l'AGCOM ha conseguentemente avviato un'istruttoria, al termine della quale ha ipotizzato che la partecipazione di Vivendi a Telecom e a Mediaset – tenuto conto della nozione di controllo e di collegamento, come definita dall'art. 2359, comma 3, c.c. – incorresse in effetti nel divieto, di cui al citato art. 43, comma 11;

e) con la delibera del 18 aprile 2017 l'AGCOM ha quindi ordinato a Vivendi "*di rimuovere la posizione accertata [...] entro il termine di 12 mesi*", previo piano dettagliato sulle modalità con le quali la società intende ottemperare all'ordine, da presentare entro 60 giorni dalla notifica della delibera. In particolare, l'autorità ha rilevato che Vivendi disponeva di oltre un quinto dei diritti di voto nell'assemblea degli azionisti di ciascuna di tali società, aveva ottenuto il 59% dei ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, il quale è composto dai servizi al dettaglio da rete fissa, dai servizi all'ingrosso da rete fissa o mobile e dai servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali, e che Mediaset aveva percepito il 13,3% dei ricavi realizzati nell'ambito del SIC;

f) Vivendi S.A.:

f1) ha impugnato dinanzi al T.a.r. per il Lazio la citata delibera dell'AGCOM, censurando, tra l'altro, che l'art. 43, comma 11, del t.u.s.m.a.r., come interpretato e applicato, sarebbe incompatibile con i principi fondamentali del diritto UE e con gli artt. 49, 56 e 63 TFUE;

f2) in data 6 aprile 2018 ha ottemperato all'ordine impartitole, trasferendo ad una società terza il 19,19% delle azioni di Mediaset, pari al 19,95% dei diritti

di voto nell'assemblea degli azionisti di quest'ultima, conservando quindi una partecipazione diretta al capitale di Mediaset inferiore al 10% dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea degli azionisti di quest'ultima;

- g) il T.a.r. per il Lazio, con la citata ordinanza 5 novembre 2018, n. 10654 ha rimesso alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: *“se, pur essendo facoltà degli Stati membri accertare quando le imprese godano di una posizione dominante (con conseguente imposizione alle stesse di specifici obblighi) sia, o meno, contrastante con il diritto dell'Unione Europea e, in particolare, con il principio della libertà di circolazione dei capitali di cui all'art. 63 TFUE, la disposizione di cui all'art. 43, comma 11, del d.lgs. 31.7.2005, n. 177, nel testo vigente alla data di adozione della delibera impugnata, secondo cui “le imprese, anche attraverso società controllate o collegate, i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai sensi dell'articolo 18 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, sono superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel settore, non possono conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10 per cento del sistema medesimo”;* quanto sopra, nella parte in cui – attraverso il richiamo all'art. 18 del codice delle comunicazioni elettroniche, si limita il settore in questione ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*, nonostante il dato di comune esperienza, secondo cui l'informazione (al cui pluralismo la norma è finalizzata) risulta veicolata in misura crescente dall'uso di internet, dei personal computer e della telefonia mobile, tanto da poter rendere irragionevole l'esclusione dal settore stesso, in particolare, dei servizi al dettaglio di telefonia mobile, solo perché operanti in pieno regime di concorrenza. Quanto sopra, tenendo anche conto del fatto che l'Autorità ha delimitato i confini del settore delle comunicazioni elettroniche, ai fini dell'applicazione del citato art. 43, comma 11, proprio in occasione del procedimento in esame, prendendo in considerazione solo i mercati, in ordine ai quali sia stata svolta almeno un'analisi dall'entrata in vigore del CCE, quindi dal 2003 ad oggi e con ricavi, desunti dall'ultimo accertamento utile, effettuato nel 2015; se i principi in tema di tutela della libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 15 e 16 della direttiva 2002/21/CE “servizi di media audiovisivi e radiofonici”, posti a tutela del pluralismo e della libertà di espressione, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di servizi di media audiovisivi e radiofonici pubblici, come quella italiana, contenuta nell'articolo 43, commi 11 e 14, secondo la quale i ricavi, rilevanti per determinare la seconda soglia di sbarramento del 10%, sono rapportabili anche ad imprese non controllate né soggette ad influenza dominante, ma anche solo “collegate” nei termini di cui all'art. 2359 del codice civile (richiamato dal comma 14 dell'art. 43), pur risultando non esercitabile, nei confronti di queste ultime, alcuna influenza sulle informazioni da diffondere; se i principi in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 15 e 16 della direttiva 2002/21/CE, i principi in materia di tutela del pluralismo delle fonti d'informazione e della concorrenza nel settore radiotelevisivo di cui alla Direttiva 2010/13/UE sui Servizi di media audiovisivi e alla direttiva 2002/21/CE ostino ad una disciplina nazionale come il d.lgs. 177/2005, che nei commi 9 e 11 dell'art. 43, sottopone a soglie di sbarramento molto diverse (rispettivamente, del 20% e del 10%) i "soggetti tenuti all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione, costituito ai sensi dell'art. 1, comma 6, lettera a), n. 5 della legge 31 luglio 1997, n. 249" (ovvero i soggetti destinatari di concessione o autorizzazione in base alla vigente normativa, da parte dell'Autorità o di altre Amministrazioni competenti, nonché le imprese concessionarie di pubblicità comunque trasmessa, le imprese editrici etc., di cui al comma 9) rispetto alle imprese operanti nel settore delle comunicazioni elettroniche, come in precedenza definito (nell'ambito del comma 11)".

III. – La Corte ha osservato quanto segue:

- h) con riferimento alla individuazione della libertà rilevante nel caso di specie (muovendo dalla premessa che nel rinvio pregiudiziale si faceva riferimento indistinto alla libera circolazione dei capitali, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi):
 - h1) l'ordinanza di rinvio non contiene elementi concreti che consentano di ritenere che il procedimento principale riguardi la prestazione transfrontaliera di servizi, non venendo pertanto in rilievo l'art. 56 TFUE;
 - h2) quanto alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, occorre considerare che, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza europea, al fine di comprendere quale disciplina debba in concreto applicarsi occorre fare riferimento alla normativa nazionale di riferimento;
 - h3) ricade nell'ambito applicativo dell'art. 49 TFUE, relativo alla libertà di stabilimento, una normativa nazionale destinata ad applicarsi esclusivamente alle acquisizioni di partecipazione che consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinare le attività di quest'ultima;
 - h4) devono invece essere esaminate in base all'art. 63 TFUE, in tema di libera circolazione dei capitali, le disposizioni nazionali applicabili ad acquisizioni di partecipazioni effettuate al solo scopo di realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influire sulla gestione e sul controllo dell'impresa interessata;

- h5) nel caso di specie, l'art. 43 cit. - rubricato posizioni dominanti nel SIC - ha lo scopo di controllare le concentrazioni nel SIC per evitare la costituzione di posizioni dominanti ai sensi del diritto italiano, in ciascuno dei mercati di cui è composto, fissando pertanto limiti al controllo che può essere esercitato sulle società attive nel sistema;
- h6) la disposizione ivi contenuta che preclude a una società, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel SIC ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo, consente di fissare limiti al controllo;
- h7) inoltre, Vivendi, con l'acquisto del 23,94% del capitale di Telecom Italia, ha acquistato la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea degli azionisti di tale società e, successivamente, ha acquisito il controllo della medesima. Tale situazione rientra nell'ambito applicativo della libertà di stabilimento;
- h8) l'obiettivo perseguito da Vivendi con l'acquisizione delle azioni di Mediaset non era di realizzare un semplice investimento finanziario, ma di intervenire nella gestione di Mediaset e acquisire una quota significativa del settore dei media italiani;
- h9) pertanto, alla luce dell'obiettivo dell'art. 43 cit. e dell'obiettivo dell'acquisizione di partecipazioni in oggetto, rappresentato dall'esercizio di una sicura influenza sulle decisioni di Mediaset, occorre esaminare la causa alla luce delle disposizioni del Trattato in tema di libertà di stabilimento;
- i) le questioni pregiudiziali sollevate fanno riferimento anche agli artt. 15 e 16 della direttiva quadro, al principio di proporzionalità nonché al principio di concorrenza nel settore radiotelevisivo sancito dalla direttiva sui servizi di media audiovisivi e dalla direttiva quadro;
 - i1) sia la direttiva quadro che la direttiva sui servizi di media audiovisivi procedono a un'armonizzazione non esaustiva delle normative nazionali nei loro rispettivi settori, lasciando agli Stati membri un margine di discrezionalità per adottare decisioni a livello nazionale;
 - i2) inoltre, dall'ordinanza di rinvio non risulta in quale misura la disposizione di cui al procedimento principale possa confliggere con tali articoli e principi, essendo solo menzionati nell'ordinanza senza che essa spieghi il loro nesso con le questioni sollevate. *“Pertanto, anche se talune disposizioni di tali due direttive potrebbero essere prese in considerazione nell'ambito dell'esame delle questioni pregiudiziali sollevate, tali questioni non si riferiscono, in realtà, agli obblighi che possono derivare da detti articoli e principi. Esse sollevano invece il problema di stabilire in che misura la disposizione di cui al procedimento principale*

ecceda il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri dalla direttiva quadro e dalla direttiva sui servizi di media audiovisivi, il che richiede un esame alla luce del diritto primario, nella fattispecie l'articolo 49 TFUE";

- j) con riferimento alle questioni pregiudiziali sollevate, da esaminarsi congiuntamente in base all'art. 49 TFUE;
 - j1) il citato art. 49 TFUE osta a qualsiasi provvedimento nazionale, che, pur se applicabile senza discriminazioni in base alla nazionalità, possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini dell'Unione, della libertà di stabilimento garantita dal TFUE, e che simili effetti restrittivi possono prodursi quando una società possa essere dissuasa dal creare in altri Stati membri entità subordinate, come un centro di attività stabile, nonché dall'esercitare le sue attività tramite tali entità;
 - j2) la disposizione censurata vieta a qualsiasi impresa, che sia o meno stabilita nel territorio nazionale, i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche rappresentano il 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di superare la soglia del 10% dei ricavi del SIC e, pertanto, di acquisire eventualmente il controllo di un'altra impresa stabilita in tale medesimo territorio;
 - j3) l'Autorità, nel caso di specie, facendo applicazione della disposizione interna, ha vietato a Vivendi di mantenere le partecipazioni che aveva acquisito in Mediaset o che deteneva in Telecom e le ha ordinato di porre fine a tali partecipazioni, in una delle due imprese, nella misura in cui eccedevano le soglie previste dalla medesima disposizione;
 - j4) la disposizione ha quindi ristretto la libertà di Vivendi di stabilirsi in Italia, impedendole di influire maggiormente sulla gestione di Mediaset mediante un'acquisizione di partecipazioni superiore a quella che essa aveva previsto, determinando una restrizione della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 49 TFUE;
- k) per costante giurisprudenza della Corte una simile restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa solo se giustificata da motivi imperativi di interesse generale e idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedere quanto necessario per raggiungerlo;
- l) per quanto riguarda l'esistenza di motivi imperativi di interesse generale
 - l1) dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio e dalle osservazioni presentate dinanzi alla Corte, risulta che la disposizione di cui al procedimento principale è stata adottata al fine di garantire il pluralismo dell'informazione e dei media. L'art. 43, comma 5, cit. dispone che l'Agcom adotti i provvedimenti necessari per eliminare o impedire la formazione

- delle posizioni previste dalla disposizione di cui al procedimento principale o comunque lesive del pluralismo;
- l2) la salvaguardia delle libertà protette dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali, tra le quali sono comprese la libertà e il pluralismo dei media, costituisce un obiettivo di interesse generale, idoneo a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento;
 - l3) il protocollo n. 29 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri, allegato ai Trattati UE e FUE, fa riferimento al pluralismo dei media, precisando che *“il sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri è direttamente collegato alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società, nonché all'esigenza di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione”*;
 - l4) nel caso di specie, in astratto, la restrizione della libertà di stabilimento risultante dalla disposizione di cui al procedimento principale potrebbe essere giustificata dal motivo imperativo di interesse generale, rappresentato dalla tutela del pluralismo dell'informazione e dei media;
- m) per quanto concerne la proporzionalità di tale restrizione rispetto all'obiettivo perseguito;
- m1) l'art. 43 prevede che: ai soggetti tenuti all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione è vietato realizzare più del 20% dei ricavi complessivi del SIC; ai soggetti del settore delle comunicazioni elettroniche che realizzino più del 40% dei ricavi complessivi di tale settore è vietato realizzare più del 10% dei ricavi complessivi del SIC;
 - m2) i divieti in questione, specie il secondo, costituiscono deroghe al principio della libertà di stabilimento, con la conseguenza che le autorità nazionali hanno l'onere di dimostrare che dette disposizioni siano conformi al principio di proporzionalità e, quindi, che siano idonee e necessarie per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, e che quest'ultimo non potrebbe essere raggiunto attraverso divieti o limitazioni di minore portata o che colpiscano in minore misura l'esercizio di tale libertà;
 - m3) dal considerando 5 della direttiva quadro risulta la sussistenza di collegamenti tra i due settori interessati dalla disposizione di cui al procedimento principale, tenuto conto della convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione. Pertanto, *“si può in linea di principio accettare che vengano posti limiti alla possibilità per le imprese che già occupano una «posizione dominante» nel primo di tali settori di approfittare di tale posizione per rafforzare la loro posizione nel secondo”*;

- m4) tuttavia, le direttive europee del settore stabiliscono una chiara distinzione tra la produzione dei contenuti, che implica un controllo editoriale, e la trasmissione dei contenuti, che esclude qualsiasi controllo editoriale, con la conseguenza che i contenuti e la loro trasmissione sono soggetti a discipline distinte che perseguono obiettivi propri;
- m5) in ragione di tale distinzione, le imprese che operano nel settore delle comunicazioni elettroniche, che esercitano un controllo sui contenuti, non esercitano necessariamente un controllo sulla loro produzione;
- m6) la disposizione censurata individua un divieto di carattere generale, senza fare riferimento a collegamenti tra produzione e trasmissione dei contenuti e non è neanche formulata in modo da applicarsi specificamente in relazione a detti collegamenti;
- m7) per comprendere se la norma in oggetto sia idonea a conseguire l'obiettivo di impedire che si producano aspetti negativi di convergenza tra il settore delle comunicazioni elettroniche e il SIC, occorre valutare quale sia il nesso tra le soglie alle quali la disposizione fa riferimento e il rischio che corre il pluralismo dei media;
- m8) con riferimento alla definizione del settore delle comunicazioni elettroniche, l'AGCOM definisce tale settore in maniera restrittiva riferendolo ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*. Invece, dagli artt. 15 e 16 della direttiva quadro, letti alla luce dei considerando 25 e 27, risulta che tali mercati sono quelli del *"settore delle comunicazioni elettroniche nel suo complesso, ivi compresi i nuovi mercati, nei quali non esiste una concorrenza effettiva, che sono stati individuati dalla Commissione quali mercati rilevanti di prodotti o di servizi ai fini, se del caso, dell'introduzione da parte delle autorità nazionali competenti di obblighi di regolamentazione ex ante volti a integrare le regole del diritto della concorrenza allo scopo di risolvere le difficoltà esistenti su tali mercati"*. Pertanto, il meccanismo della regolamentazione *ex ante* è diretto a risolvere problemi specifici che si verificano in determinati mercati, ma non a garantire il pluralismo nel settore dei media. Limitare la definizione del settore delle comunicazioni elettroniche ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante* comporta l'esclusione dal settore di mercati di importanza crescente per la trasmissione di informazioni, come i servizi al dettaglio di telefonia mobile e altri servizi di comunicazione elettronica collegati a *internet*, nonché i servizi di radiodiffusione satellitare, che sono divenuti la principale via di accesso ai media;
- m9) per quanto riguarda la soglia del 10% dei ricavi complessivi del SIC, occorre considerare che il conseguimento di ricavi equivalenti a tale soglia non è di

per sé indicativo del rischio di influenza sul pluralismo dei media. Il SIC comprende infatti mercati diversi e vari: *“Pertanto, se i ricavi complessivi realizzati da un’impresa nel SIC dovessero essere concentrati in uno solo dei mercati che compongono tale sistema in modo tale che la quota raggiunta in tale mercato sia nettamente superiore al 10% ma, qualora venga preso in considerazione l’insieme dei mercati che compongono il SIC, rimanga inferiore al 10%, il fatto che la soglia del 10% dei ricavi complessivi del SIC non venga raggiunta non potrebbe escludere qualsiasi rischio per il pluralismo dei media. Analogamente, nel caso in cui la soglia del 10% dei ricavi complessivi del SIC fosse sì raggiunta, ma tale 10% di ricavi si ripartisse tra ciascuno dei mercati che compongono il SIC, né il raggiungimento né lo sfioramento di tale soglia del 10% costituirebbero necessariamente un pericolo per il pluralismo dei media”*;

m10) per quanto riguarda il fatto che l’AGCOM, per individuare i ricavi realizzati da un’impresa nel settore delle comunicazioni elettroniche o nel SIC, prenda in considerazione non solo i ricavi realizzati tramite società controllate, ma anche tramite società collegate, sulle quali l’impresa interessata esercita un’influenza notevole, ai sensi dell’art. 2359, terzo comma, c.c., tale pratica può comportare che i ricavi siano presi in considerazione due volte e falsare in tal modo il calcolo dei ricavi realizzati nel SIC. *“Infatti, i medesimi ricavi di una società attiva nel SIC potrebbero essere presi in considerazione sia per il calcolo dei ricavi di un’impresa che è sua azionista di minoranza, sia per il calcolo dei ricavi di un’impresa che è suo azionista di maggioranza ed esercita su di essa un controllo effettivo”*. Inoltre, il controllo esercitato su una società collegata si basa su una presunzione ampia – un quinto dei diritti di voto nell’assemblea degli azionisti o un decimo in caso di società quotata – e tali circostanze non sembrano consentire di dimostrare che la prima società possa concretamente esercitare sulla seconda un’influenza tale da pregiudicare il pluralismo dei media e dell’informazione. Pertanto, *“equiparare la situazione di una «società controllata» a quella di una «società collegata», nell’ambito del calcolo dei ricavi realizzati da un’impresa nel settore delle comunicazioni elettroniche o nel SIC, non appare conciliabile con l’obiettivo perseguito dalla disposizione di cui al procedimento principale”*;

m11) *“di conseguenza, tale disposizione non può essere considerata idonea a conseguire l’obiettivo da essa perseguito, giacché fissa soglie che, non consentendo di determinare se e in quale misura un’impresa sia effettivamente in grado di influire sul contenuto dei media, non presentano un nesso con il rischio che corre il pluralismo dei media”*.

IV. – Per completezza si osserva quanto segue:

- n) si rinvia alla citata News US, del 19 novembre 2018, a T.a.r. per il Lazio, sez. III, ordinanza 5 novembre 2018, n. 10654, oltre che per l'analisi dell'ordinanza di rimessione, per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali e, in particolare: per richiami dottrinali sulla vicenda oggetto dell'ordinanza, § g); per riferimenti dottrinali sull'art. 43 del d.lgs. n. 177 del 2005, § h); sui concetti di SIC (sistema integrato delle comunicazioni) e di IES (informativa economica di sistema), nonché sulla tutela del pluralismo nell'età digitale, § i); sulla nozione di mercato rilevante ai fini anticoncorrenziali, § k);
- o) si rinvia alla News US, n. 108 del 16 ottobre 2019, a Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 18 settembre 2019, n. 6219, in tema di società dell'informazione e comunicazione e commercio elettronico, che ha sottoposto alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti interpretativi sulla compatibilità comunitaria della normativa interna contenuta nel decreto-legge n. 50 del 2017, laddove si prevedono, a carico degli intermediari immobiliari nel campo delle "locazioni brevi" (*home sharing*) che si occupano altresì della fase del pagamento del relativo canone, taluni obblighi come la ritenuta della tassazione sulle locazioni nonché la nomina di un rappresentante fiscale (nell'ipotesi in cui la società non abbia sede in Italia), formulando tra gli altri il seguente quesito pregiudiziale *"se le disposizioni e i principi del diritto euro-unitario, fra cui gli articoli 3, 18, 32, 44, 49, 56, 101 ss., 116, 120, 127 ss. del TFUE e le direttive 2000/31/CE e 2006/123/CE, ostino ad una normativa nazionale che: introduce, con riferimento ai gestori di un portale telematico per la ricerca di immobili da locare, obblighi di raccolta e trasmissione di dati relativi ai contratti; introduce, con riferimento ai medesimi gestori di portali telematici che intervengano nel pagamento del corrispettivo di contratti di locazione breve, l'obbligo di operare quale sostituto di imposta, ovvero di responsabile di imposta; introduce, con riferimento ai gestori di portali telematici non residenti e riconosciuti privi di stabile organizzazione in Italia, l'obbligo di nominare un rappresentante fiscale; introduce, anche con riguardo a soggetti non residenti e privi di stabile organizzazione in Italia, l'obbligo di operare quali responsabili d'imposta in relazione all'imposta di soggiorno"*. In particolare, gli obblighi informativi e fiscali imposti determinerebbero, secondo il collegio, tra l'altro, una grave disparità di trattamento nei confronti di tutti quei soggetti che, pur operando nello stesso settore di riferimento (intermediazione immobiliare telematica delle locazioni brevi), non si occupano altresì della fase del pagamento. Non si potrebbe invocare, quale motivo di interesse generale idoneo a giustificare una simile restrizione della libertà l'esigenza di predisporre strumenti utili alla lotta all'evasione fiscale, in considerazione dell'esistenza di validi strumenti alternativi vigenti

nell'ordinamento giuridico. Alla citata News si rinvia, in particolare: per la giurisprudenza in tema di individuazione, in ambito UE, del perimetro della libertà di prestazione dei servizi per il settore della società dell'informazione e dei trasporti, § g); sulla lotta all'evasione fiscale come motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare in talune circostanze, una misura restrittiva della libertà di prestazione di servizi, § j);

p) con riferimento alla distinzione tra libertà di stabilimento e libera circolazione di capitali si veda Corte di giustizia UE, grande sezione, 13 novembre 2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (in *Riv. dir. trib.*, 2013, IV, 89, n. ARGINELLI), secondo cui:

p1) sul parametro da utilizzare per comprendere se una normativa nazionale ricada nell'ambito di applicazione dell'una o dell'altra: *“Quanto al punto se una legislazione nazionale ricada sotto l'una o l'altra libertà di circolazione, risulta da una giurisprudenza ben consolidata che occorre prendere in considerazione l'oggetto della legislazione di cui trattasi”* (§ 90 e giurisprudenza ivi citata);

p2) sull'ambito applicativo dell'art. 49 TFUE: *“Ricade nella sfera di applicazione dell'articolo 49 TFUE, relativo alla libertà di stabilimento, una normativa nazionale destinata ad applicarsi esclusivamente alle partecipazioni che consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinare le attività di quest'ultima”* (§ 91 e giurisprudenza ivi citata);

p3) sull'ambito applicativo delle disposizioni in tema di libera circolazione di capitali, *“Per contro, eventuali disposizioni nazionali che siano applicabili a partecipazioni effettuate al solo scopo di realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influire sulla gestione e sul controllo dell'impresa, devono essere esaminate esclusivamente alla luce della libera circolazione dei capitali”* (§ 92);

q) sulla libertà di stabilimento, in relazione alle questioni esaminate dalla Corte, si vedano:

q1) in relazione alla violazione dell'art. 49 TFUE in caso di provvedimento nazionale che possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento, Corte di giustizia UE, sez. II, 10 maggio 2012, C-357/10, C-358/10, C-359/10, *Duomo Gpa e a.* (in *Corriere giur.*, 2012, 6, 835), secondo cui *“Gli artt. 43 CE e 49 CE ostano ad una disposizione la quale preveda in primis l'obbligo, per gli operatori economici, salvo le società a prevalente partecipazione pubblica, di adeguare, se del caso, a 10 milioni di euro l'importo minimo di capitale sociale interamente versato al fine di essere abilitati ad effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni, in secundis preveda la nullità dell'affidamento di siffatti servizi ad operatori che non soddisfino tale requisito di capitale sociale minimo ed, infine,*

preveda il divieto di acquisizione di nuovi affidamenti o di partecipazione a gare indette per l'affidamento di tali servizi fino all'assolvimento del suddetto obbligo di adeguamento del capitale sociale";

- q2) sulla possibilità che una restrizione alla libertà di stabilimento possa essere ammessa solo se giustificata da motivi imperativi di interesse generale, idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedere quanto necessario per il perseguimento dell'obiettivo, si veda Corte di giustizia UE, grande sezione, 25 ottobre 2017, C-106/16, Polbud – Wykonawstwo (in *Foro it.*, 2018, IV, 222, con nota di PINARDI; *Notariato*, 2018, 92, con nota di MALBERTI; *Riv. dir. soc.*, 2017, 1239, con nota di PIN; *Società*, 2017, 12, 1321, con nota di MUCCIARELLI; *Corriere trib.*, 2018, 5, 367, con nota di FURIAN, GALLIO; *Giur. it.*, 2018, 4, 887, con nota di BOGGIO); secondo cui: *“Ogni Stato membro ha la facoltà di definire il criterio di collegamento richiesto perché una società possa ritenersi costituita secondo la legislazione nazionale dello stesso. Nell'ipotesi in cui una società disciplinata dal diritto di uno Stato membro si trasformi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro soddisfacendo le condizioni che la legislazione di quest'ultimo prevede affinché essa possa esistere nel suo ordinamento giuridico, detta facoltà, lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme relative alla libertà di stabilimento, non può giustificare che detto Stato membro, imponendo, segnatamente, per una simile trasformazione transfrontaliera, condizioni più restrittive di quelle che disciplinano la trasformazione di una società all'interno dello Stato membro in questione, impedisca o dissuada la società in parola dal procedere a tale trasformazione transfrontaliera”; “Gli articoli 49 e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano alla normativa di uno Stato membro che subordina il trasferimento della sede legale di una società costituita ai sensi del diritto di uno Stato membro verso il territorio di un altro Stato membro, ai fini della sua trasformazione in una società soggetta al diritto di tale secondo Stato membro, conformemente alle condizioni poste dalla legislazione di quest'ultimo, alla liquidazione della prima società”;*
- q3) sul requisito della proporzionalità e sul relativo onere della prova, Corte di giustizia UE, sez. II, 23 dicembre 2015, C-333/14, *Scotch Whisky Association e a.*, secondo cui *“Poiché un divieto come quello risultante dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale costituisce una deroga al principio della libera circolazione delle merci, incombe alle autorità nazionali l'onere di dimostrare che detta normativa è conforme al principio di proporzionalità, ossia è necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, e che quest'ultimo non potrebbe*

essere raggiunto attraverso divieti o limitazioni di minore portata o che colpiscano in minor misura il commercio nell'ambito dell'Unione" (§ 53);

- r) sulla libertà e il pluralismo dei media quale motivo imperativo di interesse generale si veda Corte di giustizia UE, grande sez., 22 gennaio 2013, C-283/11, *Sky Österreich*, secondo cui *"La salvaguardia delle libertà protette dall'articolo 11 della Carta costituisce incontestabilmente un obiettivo di interesse generale (v., in tal senso, sentenza del 13 dicembre 2007, United Pan-Europe Communications Belgium e a., C-250/06, Racc. pag. I-11135, punto 42), di cui occorre sottolineare, in particolare, l'importanza in una società democratica e pluralista (v., in tal senso, sentenze del 22 dicembre 2008, Kabel Deutschland Vertrieb und Service, C-336/07, Racc. pag. I-10889, punto 33, e del 6 settembre 2011, Patriciello, C-163/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 31). Tale importanza si evidenzia particolarmente nel caso di eventi di grande interesse pubblico. Si deve quindi necessariamente rilevare che l'articolo 15 della direttiva 2010/13 persegue effettivamente un obiettivo di interesse generale" (§ 52);*
- s) sulla nozione di servizi di comunicazione elettronica e sulla differenza tra la produzione dei contenuti, che implica un controllo editoriale, e la trasmissione dei contenuti, che non implica tale controllo, si veda Corte di giustizia UE, sez. IV, 13 giugno 2019, C-193/18, *Google*, (in *Foro it.*, 2019, IV, 121; *Labor*, 2019, 169, n. GRAGNOLI; *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 559 (m), n. LEPORE), secondo cui: *"Le diverse direttive che compongono il nuovo quadro normativo applicabile ai servizi di comunicazione elettronica, in particolare la direttiva quadro e la direttiva 2002/77, stabiliscono in tal modo una chiara distinzione tra la produzione dei contenuti, che implica un controllo editoriale, e la trasmissione dei contenuti, che esclude qualsiasi controllo editoriale, cosicché i contenuti e la loro trasmissione sono soggetti a discipline distinte che perseguono obiettivi propri"; "Per rientrare nella nozione di «servizio di comunicazione elettronica», un servizio deve comprendere la trasmissione di segnali, fermo restando che la circostanza che la trasmissione del segnale avvenga attraverso un'infrastruttura non appartenente al prestatario di servizi è irrilevante ai fini della qualificazione della natura del servizio, dato che ciò che rileva a tal riguardo è solo il fatto che detto prestatario sia responsabile nei confronti degli utenti finali della trasmissione del segnale che garantisce a questi ultimi la fornitura del servizio a cui sono abbonati"; "L'articolo 2, lettera c), della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, deve essere interpretato nel senso che un servizio di posta elettronica su Internet che non comprenda la fornitura di un accesso a Internet, quale il servizio Gmail fornito da Google LLC, non consiste interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica e non costituisce pertanto un*

«servizio di comunicazione elettronica» ai sensi di tale disposizione”; “La circostanza che Google debba essere considerata come fornitore di servizi di comunicazione elettronica per la parte relativa alla sua attività di gestione delle proprie reti di comunicazione elettronica e possa, come tale, essere soggetta all’obbligo di notifica di cui all’articolo 3, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) (GU 2002, L 108, pag. 21), quale modificata dalla direttiva 2009/140, non può comportare che tutti i servizi da essa forniti su Internet debbano essere qualificati come tali, anche qualora non consistessero interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali”;

- t) sulla estensione del settore delle comunicazioni elettroniche anche in relazione ai nuovi mercati si veda Corte di giustizia UE, sez. IV, 3 dicembre 2009, C-424/07, *Commissione/Germania* (in *Giornale dir. amm.*, 2010, 2, 168 e 2010, 6, 589, con nota di BRANCOLI BUSDRAGHI).