

La sesta sezione del Consiglio di Stato, alla luce della recente sentenza della Corte di giustizia UE 6 ottobre 2021, C- 561/19, ha ritirato il primo dei quattro quesiti che aveva già sollevato innanzi alla medesima Corte sovranazionale con ordinanza della n. 5588 del 24 settembre 2020 (oggetto della News US n. 111 dell'8 ottobre 2020 alla quale si rinvia per approfondimenti) ed ha confermato gli ulteriori quesiti *sub* lett. b), c) e d) di cui al punto 129 della medesima ordinanza n. 5588 del 2020.

Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 23 novembre 2021, n. 7839 – Pres. Montedoro, Est. De Luca

Servizi pubblici – Telecomunicazioni – Telefonia fissa e mobile – Autorità nazionale di regolamentazione – Poteri – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE – Giudice di ultima istanza – Obbligo – Limiti

Sono sottoposte alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni:

b) se la corretta interpretazione degli artt. 49 e 56 TFUE, nonché del quadro normativo armonizzato espresso dalle direttive n. 2002/19/CE, n. 2002/20/CE, n. 2002/21/CE e n. 2002/22/CE e, in particolare, dagli artt. 8, par. 2 e par. 4, Direttiva 2002/21/CE, come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE, dall'art. 3 direttiva n. 2002/20/CE, come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE, e dagli artt. 20, 21 e 22 direttiva n. 2002/22/CE, come modificata dalla direttiva n. 2009/136/CE, osti ad una norma nazionale, quale quella desumibile dal combinato disposto degli artt. 13, 70 e 71 d. lgs. n. 259 del 2003, 2, comma 12, lett. h) e l) l. n. 481 del 1995 e 1, comma 6, n. 2, l. n. 249 del 1997, che attribuisce all'Autorità nazionale di regolamentazione nel settore delle comunicazioni elettroniche il potere di imporre: i) per la telefonia mobile, una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione non inferiore a quattro settimane con la contestuale previsione dell'obbligo per i relativi operatori economici che adottino una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base diversa da quella mensile, di informare prontamente l'utente, tramite l'invio di un SMS, dell'avvenuto rinnovo dell'offerta; ii) per la telefonia fissa, una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base mensile o suoi multipli; iii) in caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, l'applicazione della cadenza relativa a quest'ultima;

c) se la corretta interpretazione ed applicazione del principio di proporzionalità, in combinazione con gli artt. 49 e 56 TFUE e il quadro normativo armonizzato espresso dalle direttive n. 2002/19/CE, n. 2002/20/CE, n. 2002/21/CE e n. 2002/22/CE e, in particolare, dagli artt. 8, par. 2 e par. 4, direttiva n. 2002/21/CE, come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE, dall'art. 3 direttiva n. 2002/20/CE, come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE, e dagli artt. 20, 21 e 22 direttiva n. 2002/22/CE, come modificata dalla direttiva n. 2009/136/CE, osti all'adozione di misure regolatorie assunte dall'Autorità nazionale di regolamentazione nel settore delle comunicazioni elettroniche volte

a imporre: i) per la telefonia mobile, una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione non inferiore a quattro settimane con la contestuale previsione dell'obbligo per i relativi operatori economici che adottino una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base diversa da quella mensile, di informare prontamente l'utente, tramite l'invio di un SMS, dell'avvenuto rinnovo dell'offerta; ii) per la telefonia fissa, una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base mensile o suoi multipli; iii) in caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, l'applicazione della cadenza relativa a quest'ultima;

d) se la corretta interpretazione ed applicazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, in combinazione con gli artt. 49 e 56 TFUE e il quadro normativo armonizzato espresso dalle direttive n. 2002/19/CE, n. 2002/20/CE, n. 2002/21/CE e n. 2002/22/CE e, in particolare, dagli artt. 8, par. 2 e par. 4, direttiva n. 2002/21/CE, come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE, dall'art. 3 direttiva n. 2002/20/CE, come modificata dalla n. direttiva 2009/140/CE, e dagli artt. 20, 21 e 22 direttiva n. 2002/22/CE, come modificata dalla direttiva n. 2009/136/CE, osti all'adozione di misure regolatorie assunte dall'Autorità nazionale di regolamentazione nel settore delle comunicazioni elettroniche volte a imporre: i) per la telefonia mobile, una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione non inferiore a quattro settimane con la contestuale previsione dell'obbligo per i relativi operatori economici che adottino una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base diversa da quella mensile, di informare prontamente l'utente, tramite l'invio di un SMS, dell'avvenuto rinnovo dell'offerta; ii) per la telefonia fissa, una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base mensile o suoi multipli; iii) in caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, l'applicazione della cadenza relativa a quest'ultima (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la sesta sezione del Consiglio di Stato ha confermato alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale riguardante la conformità all'ordinamento eurounitario - con riferimento alle singole direttive di settore e ai principi di proporzionalità, non discriminazione e di parità di trattamento - della disciplina interna (tra cui il codice delle comunicazioni elettroniche approvato con d.lgs. n. 259 del 2003) sulla base della quale l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) può:

- a) imporre, quanto alla telefonia mobile, una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione non inferiore a quattro settimane con la contestuale previsione dell'obbligo per i relativi operatori economici che adottino una diversa cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione, di informare prontamente l'utente, tramite l'invio di un SMS, dell'avvenuto rinnovo dell'offerta;
- b) imporre, quanto alla telefonia fissa, una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base mensile o suoi multipli;
- c) imporre, in caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, l'applicazione della cadenza relativa a quest'ultima.

La vicenda processuale nella quale si innesta l'ordinanza in rassegna è descritta nei §§ d) ed e) della citata News US n. 111 dell'8 ottobre 2020.

II. – L'*iter* che ha condotto alla conferma parziale dei quesiti già sollevati si fonda sui seguenti argomenti:

- d) con comunicazione del 1 luglio 2021 il cancelliere della Corte di giustizia ha trasmesso copia delle memorie depositate dalle parti nell'ambito della causa pregiudiziale C -468/20, originata dal rinvio disposto dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 5588 del 2020 cit.
- e) con successiva comunicazione del 26 ottobre 2021 il medesimo cancelliere della Corte di giustizia ha trasmesso copia della sentenza della Corte di giustizia UE 6 ottobre 2021, C – 561/19 (di cui alla News US n. 83 del 3 novembre 2021) invitando il giudice rimettente a precisare se, alla luce di tale sentenza, intendesse mantenere in essere il rinvio pregiudiziale; nell'interesse di una buona organizzazione dei lavori della Corte il termine di risposta è stato fissato per il 25 novembre 2021;
- f) la sesta sezione, chiamata ad assumere una decisione suscettibile di modificare o revocare la propria precedente ordinanza (n. 5588 del 24 settembre 2020) con la quale erano stati formulati i quesiti pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE, nel rispetto del principio del giusto processo, ha sottoposto al contraddittorio processuale la questione posta dal cancelliere della Corte in ordine all'eventuale conservazione del rinvio pregiudiziale, all'esito della sentenza del 6 ottobre 2021, C 561/19 cit.;
- g) le parti del giudizio nazionale, al riguardo, hanno svolto le proprie deduzioni, formulando le seguenti differenziate conclusioni:
 - g1) secondo l'AGCOM, la Corte di giustizia con sentenza del 6 ottobre 2021, C-561/19 avrebbe già fornito riscontro al primo quesito interpretativo posto dal Consiglio di Stato, inerente alla perimetrazione dell'obbligo di rinvio alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE gravante sul giudice di ultima istanza. Di conseguenza il giudice di appello dovrebbe procedere al ritiro della domanda pregiudiziale posta con l'ordinanza n. 5588 del 2020;
 - g2) di analogo tenore le osservazioni del Codacons e dell'Associazione degli utenti per i diritti telefonici, secondo cui le statuizioni rese dalla Corte di giustizia con la sentenza del 6 ottobre 2021 cit. dovrebbero indurre il Consiglio di Stato a non proseguire con l'istanza di rinvio, non emergendo al riguardo elementi atti a far sorgere un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta del diritto dell'Unione, con la conseguenza che le questioni di merito oggetto di rinvio pregiudiziale dovrebbero essere decise dal giudice nazionale;

g3) di contro, Fastweb, TIM, Vodafone e Wind Tre hanno osservato - sotto diversi profili - che la sentenza del 6 ottobre 2021 cit. non determinerebbe il venir meno dei presupposti del rinvio pregiudiziale formulato e non ne modificherebbe l'opportunità, trattandosi di questioni rilevanti ai fini della soluzione della controversia nazionale, non esaminate nell'ambito di precedenti giurisprudenziali, in relazione alle quali emergerebbe un ragionevole dubbio interpretativo, tale da imporre il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Gli operatori di telefonia hanno chiesto, quindi, di mantenere fermo il rinvio pregiudiziale quanto ai quesiti interpretativi sub b), c) e d) dell'ordinanza n. 5588 del 2020.

III. - Il ragionamento seguito dalla sesta sezione per confermare tre dei quattro quesiti sottoposti alla Corte di giustizia UE - di cui alle lett. b), c), d) ed e) - è articolato come segue:

- h) con la sentenza del 6 ottobre 2021 cit. la Corte di giustizia, pronunciandosi su una distinta causa pregiudiziale, ha precisato le condizioni che devono sussistere perché, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il giudice nazionale di ultima istanza possa risolvere la controversia interna senza investire la Corte di Giustizia della soluzione di quesiti pregiudiziali relativi alla corretta interpretazione del diritto unionale;
- i) in particolare, secondo quanto rilevato dalla Corte, il giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno, quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione, può essere esonerato dall'obbligo di rinvio ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE solo quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (punto 33 sentenza cit.);
- j) alla luce delle precisazioni fornite dal giudice unionale con la sentenza del 6 ottobre 2021, deve verificarsi se permangono le condizioni per mantenere in essere il rinvio pregiudiziale operato con l'ordinanza n. 5588 del 23 settembre 2020. La sopravvenienza di una sentenza (peraltro pronunciata dalla grande sezione) con cui la Corte di giustizia risolve il punto di diritto oggetto di un quesito interpretativo, deve infatti ritenersi idonea ad esaurire, altresì, l'analogo dubbio ermeneutico sollevato dai giudici nazionali nelle distinte cause pregiudiziali;
- k) con il primo quesito pregiudiziale (lett. a) del punto 129 dell'ordinanza n. 5588 del 2020 cit.) il Consiglio di Stato ha chiesto un chiarimento in ordine ai criteri da applicare per verificare in quali condizioni il giudice di ultima istanza fosse tenuto

a sollevare questioni pregiudiziali interpretative del diritto unionale, relative a disposizioni rilevanti ai fini della soluzione della controversia nazionali, ma non oggetto di precedenti giurisprudenti giurisprudenziali intervenuti in materia;

- l) la recente pronuncia della Corte di giustizia del 6 ottobre 2021 cit. ha risolto tale punto di diritto, precisando i criteri interpretativi da applicare per verificare se l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione si imponga "*con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*". Per l'effetto, deve pervenirsi al ritiro del primo quesito pregiudiziale (sub a cit.) di cui all'ordinanza n. 5588 del 2020, in quanto è venuto meno il dubbio ermeneutico sulla ricostruzione della portata precettiva dell'art. 267 TFUE che aveva giustificato la formulazione del primo quesito pregiudiziale, da ritenere pertanto non più attuale;
- m) in relazione, invece, ai quesiti interpretativi sub lett. b), c) e d), cit., essi riguardano disposizioni e principi unionali concorrenti a formare la base giuridica dell'intervento di regolamentazione dell'autorità italiana, con conseguente emersione di questioni pregiudiziali interpretative rilevanti per la soluzione della controversia nazionale:

- m1) il giudizio, infatti, riguarda la legittimità delle misure imposte dall'AGCOM relative alla cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione, da un lato, assunte sulla base di disposizioni di diritto interno attuative di obblighi imposti dal diritto unionale (cfr. direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE, in particolare, gli artt. 8, par. 2 e par. 4, lett. b), dir. 2002/21/CE e gli artt. 20, 21 e 22 dir. 2002/22/CE); dall'altro, suscettibili di influire, anche, sui principi di libera concorrenza, libera circolazione dei servizi, libertà di stabilimento, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione posti dal diritto unionale primario, in relazione ad una controversia avente carattere transfrontaliero (punto 50 ordinanza di rinvio n. 5588 del 2020 cit.), afferente ad una materia (reti e i servizi di comunicazioni elettroniche) in relazione alla quale le Istituzioni europee hanno esercitato la competenza attribuita dai Trattati imponendo obblighi di recepimento a carico degli Stati membri;

- m2) la corretta interpretazione dei pertinenti parametri europei, dunque, rileva ai fini della soluzione della controversia nazionale, per valutare se il legislatore italiano, legittimando l'adozione da parte dell'autorità nazionale di misure regolanti la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione e funzionali alla protezione dei consumatori, abbia violato gli obblighi di recepimento imposti dalle direttive in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica o, comunque, abbia disatteso le previsioni dei Trattati e i principi generali del diritto unionale, per come richiamati

nell'ordinanza di rinvio, alla luce dell'interpretazione che sarà data dalla Corte di giustizia;

- n) i quesiti pregiudiziali in esame pongono problemi interpretativi, in relazione ai quali non sembra possa ritenersi che *“l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione s'imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi”*, alla luce dei chiarimenti forniti dalla Corte di giustizia con la sentenza del 6 ottobre 2021 cit.:
- n1) le parti appellanti del giudizio nazionale, anche mediante la valorizzazione di apposita documentazione (cfr. *ERG Report on Transparency of Tariff Information*), hanno infatti evidenziato che, da un lato, le altre autorità nazionali di regolamentazione degli altri Stati membri non hanno adottato misure analoghe a quelle in contestazione nel presente giudizio; dall'altro, le indicazioni fornite dal BEREC/ERG non consentirebbero di giustificare l'adozione di *standard* minimi sulla cadenza temporale delle offerte e dei periodi di fatturazione;
 - n2) si è, dunque, in presenza, di diverse prassi applicative affermatesi presso le autorità nazionali di regolamentazione che, in assenza di una specifica giurisprudenza unionale, se avallate da ogni giudice nazionale, sarebbero suscettibili di condurre ad una difforme applicazioni dei medesimi parametri normativi;
 - n3) in siffatte ipotesi, per evitare un *vulnus* alla *“corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione”*, occorre acquisire un chiarimento interpretativo della Corte di giustizia, che consenta ai giudici nazionali di valutare la corretta portata precettiva dei pertinenti parametri unionali, al fine di pronunciare sulla legittimità delle (differenziate) misure nazionali assunte in loro attuazione;
 - n4) l'importanza di un pronunciamento della Corte di giustizia discende nel caso di specie, altresì, dalle osservazioni formulate dalla Commissione europea nell'ambito della causa pregiudiziale originata dall'ordinanza n. 5588 del 2020 cit., comunicate dal cancelliere della Corte;
- o) per l'effetto, rinviando alle considerazioni svolte nell'ordinanza di rinvio n. 5588 del 2020 per confermare il punto di vista del Consiglio di Stato sulla risposta da dare alle questioni pregiudiziali sub b), c) e d) (alla stregua di quanto previsto dal punto 18 delle *“Raccomandazioni all'attenzione dei Giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”*), non sussistono i presupposti per ritirare tali quesiti pregiudiziali, la cui rilevanza ai fini della soluzione della controversia nazionale è, quindi, confermata.