Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa
Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 95 del 16 ottobre 2024
a cura dell'Ufficio del massimario

I giudici di Lussemburgo chiariscono che la disciplina interna (e, segnatamente, gli articoli 62 e 63 del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, nella versione originaria, ante d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207) inerente alla partecipazione degli operatori di servizi di telecomunicazione mobile al meccanismo di riparto del costo netto degli obblighi di servizio universale è compatibile con il diritto eurounitario.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione I, 19 settembre 2024, C-273/23, *Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, Ministero dello Sviluppo Economico.*

Unione europea - Comunicazioni elettroniche – Obblighi di servizio universale - Meccanismo di riparto del costo netto – Mancata subordinazione all'esistenza di un certo grado di sostituibilità tra i servizi di telefonia fissa e i servizi di telefonia mobile - Compatibilità.

L'articolo 5 della direttiva 97/33/CE e l'articolo 13 della direttiva 2002/22/CE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che non subordina la partecipazione degli operatori di servizi di telecomunicazione mobile al meccanismo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica all'esistenza di un certo grado di sostituibilità tra i servizi di telefonia fissa e i servizi di telefonia mobile, purché tale normativa rispetti, in particolare, i principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, obiettività e riduzione dell'impatto dell'onere finanziario gravante sugli utenti finali. (1)

(1) I. – La Corte di giustizia UE - su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 18 aprile 2023, n. 3885, disposto nell'ambito di quattro controversie riunite aventi ad oggetto la delibera con cui l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) ha riesaminato la questione dell'iniquità del costo netto del servizio universale la cui fornitura era stata imposta a Telecom Italia nel periodo compreso tra il 1999 e il 2009 e quella connessa relativa al meccanismo di riparto di tale costo - ha pronunciato i principi di cui in massima. In particolare, il provvedimento dell'AGCOM oggetto di impugnazione, precisa di non fare più riferimento al parametro del grado di sostituibilità fisso-mobile, al fine dell'imposizione

del contributo agli operatori di telefonia mobile, mettendo in luce che, sebbene le analisi del mercato abbiano stabilito che il mercato non è unico, non essendo i due servizi perfettamente sostituibili, l'Autorità aveva comunque rilevato la crescente pressione concorrenziale del mobile sul fisso, in termini di perdite di volumi e ricavi per il servizio fisso a causa del servizio mobile.

Secondo la Corte di giustizia UE, l'articolo 5 della direttiva 97/33/CE e l'articolo 13 della direttiva 2002/22/CE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che non subordina la partecipazione degli operatori di servizi di telecomunicazione mobile al meccanismo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica all'esistenza di un certo grado di sostituibilità tra i servizi di telefonia fissa e i servizi di telefonia mobile, purché tale normativa rispetti, in particolare, i principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, obiettività e riduzione dell'impatto dell'onere finanziario gravante sugli utenti finali.

II. – La Corte, dopo aver analizzato la vicenda processuale sottesa, in via preliminare, ha osservato quanto segue:

a) tanto nel contesto della direttiva 97/33/CE quanto in quello della direttiva 2002/22/CE, l'attuazione di un meccanismo di finanziamento del costo netto degli obblighi di servizio universale è soggetta alla duplice condizione che tale costo sia calcolato e che, sulla base di tale calcolo, si constati che l'onere che la fornitura di tale servizio rappresenta per l'impresa designata è iniquo o ingiustificato;
b) solo i servizi di comunicazione che richiedono un accesso e una connessione in postazione fissa a una rete di comunicazione pubblica, vale a dire ad esclusione dei servizi di comunicazione mobile, possono essere finanziati mediante il meccanismo previsto all'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2002/22/CE (si richiama la sentenza dell'11 giugno 2015, C-1/14, *Base Company e Mobistar*, punti 37 e 43, in *Foro amm.*, 2015, 6, 1620(m); *Dir. e giustizia*, 11 giugno 2015, con nota di NOCERA);
c) non risulta da alcuna disposizione della direttiva 97/33/CE e della direttiva 2002/22/CE che il legislatore dell'Unione abbia inteso fissare esso stesso le condizioni alle quali le ANR (autorità nazionali di regolazione) sono indotte a ritenere che la fornitura del servizio universale possa rappresentare un onere iniquo o ingiustificato. Emerge invece tanto dall'articolo 5, paragrafi 1, 3 e 4, della direttiva 97/33/CE quanto dall'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/22 che è solo sulla base del calcolo del costo netto della fornitura del servizio universale che le ANR possono constatare che un'impresa designata come fornitore di servizio universale è effettivamente soggetta ad un onere iniquo o ingiustificato e che gli Stati membri devono quindi decidere di adottare modalità di indennizzo in ragione di tale costo (si richiama la sentenza del 10 novembre 2022, *Eircom*, C-494/21, punto 38, in *Foro it. Rep.*, 2022, *Unione europea e Consiglio d'Europa*; *Foro amm.*, 2022, 11, 1377 (m);
d) occorre rilevare che l'azione degli Stati membri nell'ambito dell'istituzione del meccanismo di finanziamento del costo netto del servizio universale è circoscritta dal dovere di rispettare i principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, nonché di limitare le distorsioni del mercato, tutelando nel

contempo l'interesse pubblico, come risulta, in sostanza, dal considerando 2 e dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 97/33/CE nonché dall'articolo 3, paragrafo 2, e dall'articolo 13, paragrafo 3, della direttiva 2002/22/CE;

e) l'onere iniquo o ingiustificato di cui l'ANR deve constatare l'esistenza prima di qualsiasi indennizzo è l'onere che, per ciascuna impresa coinvolta, presenta un carattere eccessivo rispetto alla sua capacità di sopportarlo tenuto conto di tutte le caratteristiche proprie di tali impresa, relative segnatamente alle sue apparecchiature, alla sua situazione economica e finanziaria nonché alla sua quota di mercato (si richiama di nuovo la sentenza del 10 novembre 2022, C-494/21, *Eircom*, punto 39, *cit*.);

f) in assenza di precisazioni a tal riguardo nelle direttive 97/33/CE e 2002/22/CE, spetta all'ANR stabilire in modo generale e impersonale i criteri che consentono di determinare le soglie oltre le quali un onere può essere considerato eccessivo; l'ANR può tuttavia constatare che l'onere della fornitura del servizio universale è iniquo o ingiustificato, solo a condizione di procedere a un esame specifico della situazione di ciascuna impresa coinvolta con riferimento a tali criteri (si richiama nuovamente la sentenza del 10 novembre 2022, C-494/21, *Eircom*, punto 40, *cit*.);

g) nella misura in cui il deterioramento della posizione concorrenziale di un fornitore di servizio universale in ragione del carattere ingiustificato dell'onere gravante su di esso a causa dei suoi obblighi di servizio universale rechi pregiudizio ad una concorrenza effettiva sul mercato interessato, una tale circostanza potrebbe compromettere le condizioni di fornitura del servizio universale e, in ultima analisi, la realizzazione dell'obiettivo di garantire la disponibilità in tutta l'Unione europea di servizi di buona qualità accessibili al pubblico attraverso una concorrenza e un'opportunità di scelta effettive, stabilito all'articolo 1, paragrafo 1, di tale direttiva (è sempre richiamata la sentenza del 10 novembre 2022, C-494/21, *Eircom,* punto 51);

h) la valutazione della sostituibilità tra i diversi servizi di telecomunicazione, in particolare tra i servizi di telefonia fissa e i servizi di telefonia mobile, può costituire uno degli elementi dell'esame dell'ambiente concorrenziale in cui evolve il fornitore di servizio universale, in quanto essa contribuisce all'individuazione dei concorrenti di tale fornitore, alla determinazione delle quote di mercato dei diversi attori e alla valutazione della pressione concorrenziale che altri operatori esercitano su detto fornitore;

i) tuttavia, l'esame dell'ambiente concorrenziale in cui evolve il fornitore di servizio universale non può essere subordinato alla valutazione della sostituibilità tra i servizi di telefonia fissa e i servizi di telefonia mobile, ma deve prendere in considerazione l'insieme dei vincoli concorrenziali cui è soggetto tale fornitore, ivi compresi quelli meno effettivi e immediati rispetto alla sostituzione della domanda.

III. – Ciò premesso, nel merito della questione, la Corte ha osservato quanto segue:

j) dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 97/33/CE risulta che, quando gli Stati membri prevedono un meccanismo atto a ripartire il costo netto degli obblighi di servizio universale con "altri organismi che gestiscano reti pubbliche di telecomunicazione e/o servizi di telefonia vocale a disposizione del pubblico",

essi tengono in debito conto i principi della trasparenza, della non discriminazione e della proporzionalità;

k) analogamente, l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/22/CE stabilisce che, qualora, sulla base del calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale, le autorità nazionali di regolazione riscontrino che l'impresa stessa è soggetta ad un onere ingiustificato, gli Stati membri decidono, previa richiesta di un'impresa designata, di introdurre un dispositivo inteso a indennizzare l'impresa medesima per i costi netti così calcolati attingendo a fondi pubblici in condizioni di trasparenza, e/o di ripartire tale costo tra "i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica";

l) dalle espressioni "organismi che gestiscano reti pubbliche di telecomunicazione e/o servizi di telefonia vocale a disposizione del pubblico" e "fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica" impiegate in tali disposizioni risulta che il legislatore dell'Unione non ha inteso escludere a priori taluni fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica, in particolare gli operatori di servizi di telecomunicazione mobile, dal meccanismo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale;

m) inoltre, a differenza di quanto avviene con l'esclusione dei servizi di telecomunicazione mobile dalla nozione di "servizio universale", operata all'articolo 4 della direttiva 2002/22/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009 (si richiama, in tal senso, la sentenza dell'11 giugno 2015, C-1/14, *Base Company e Mobistar*, punti da 32 a 37, *cit*.), il legislatore dell'Unione non ha escluso i fornitori di tali servizi dalla partecipazione a detto meccanismo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale;

n) per quanto concerne il contesto in cui si inseriscono le disposizioni di cui trattasi, occorre rilevare, da un lato, che dal considerando 23 della direttiva 2002/22/CE risulta, in sostanza, che il costo netto degli obblighi di servizio universale può essere ripartito, nel rispetto dei principi della trasparenza, della minima distorsione del mercato, della non discriminazione e della proporzionalità, fra tutte le imprese o tra alcune categorie specifiche delle stesse e che la nozione di "minima distorsione del mercato" implica la riscossione dei contributi al finanziamento di tale costo in modo da ridurre al minimo l'impatto dell'onere finanziario che grava sugli utenti finali, per esempio ripartendo i contributi nel modo più ampio possibile;

o) dall'altro lato, il considerando 21 di tale direttiva enuncia che gli Stati membri devono vigilare affinché il metodo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale tra le imprese si basi su criteri oggettivi e non discriminatori e rispetti il principio di proporzionalità, senza che tale principio impedisca di esonerare dai contributi i nuovi operatori che non hanno ancora una presenza significativa sul mercato;

p) risulta quindi dal tenore letterale e dal contesto delle disposizioni di cui trattasi che il legislatore dell'Unione ha inteso lasciare agli Stati membri la possibilità di definire la cerchia di partecipanti al meccanismo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale, fatto salvo il rispetto di un certo numero di principi, espressamente ricordati in dette disposizioni;

q) al riguardo, sebbene non sia escluso che criteri di ripartizione che tengano conto dell'intensità della pressione concorrenziale esercitata dai servizi di telecomunicazione mobile sui servizi di telecomunicazione fissa in ragione del grado di sostituibilità più o meno significativo tra tali servizi, della percentuale di utilizzo che i fornitori dei servizi di telecomunicazione mobile fanno delle reti di telecomunicazioni pubbliche o dei vantaggi che questi ultimi traggono dalla fornitura del servizio universale possano essere considerati conformi ai principi, in particolare, di proporzionalità e di non discriminazione, dalle disposizioni delle direttive 97/33/CE e 2002/22/CE non si può tuttavia dedurre che queste ultime subordinino la partecipazione dei fornitori di servizi di telefonia mobile al meccanismo di ripartizione del costo netto del servizio universale all'esistenza di un certo grado di sostituibilità tra questi ultimi servizi e i servizi di telefonia fissa;

r) tale conclusione non è messa in discussione dall'argomento secondo cui esisterebbe una somiglianza tra la normativa dell'Unione in materia di comunicazioni elettroniche e quella in materia di servizi postali, cosicché occorrerebbe applicare, per analogia, il considerando 27 della direttiva 2008/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE, per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari, da cui risulterebbe che la determinazione delle imprese chiamate a contribuire al fondo di compensazione diretto a finanziare il servizio universale implica di valutare se i servizi forniti da tali imprese possano, nell'ottica di un utente, essere considerati come rientranti nell'ambito di applicazione del servizio universale poiché denotano un livello di intercambiabilità sufficiente rispetto al servizio universale, nonché la relativa giurisprudenza della Corte; è infatti sufficiente rilevare che le direttive 97/33/CE e 2002/22/CE non contengono considerando o disposizioni il cui tenore letterale sia analogo a quello di detto considerando 27;

s) alla luce di tutte le considerazioni che precedono, l'articolo 5 della direttiva 97/33/CE e l'articolo 13 della direttiva 2002/22/CE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che non subordina la partecipazione degli operatori di servizi di telecomunicazione mobile al meccanismo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica all'esistenza di un certo grado di sostituibilità tra i servizi di telefonia fissa e i servizi di telefonia mobile, purché tale normativa rispetti, in particolare, i principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, obiettività e riduzione dell'impatto dell'onere finanziario gravante sugli utenti finali.

IV. - Per completezza si segnala quanto segue:

t) sulla nozione di fornitore di servizio postale e sui presupposti in base ai quali lo Stato membro può imporre a tale fornitore di disporre di un'autorizzazione generale per la fornitura del servizio medesimo e di contribuire a un fondo di compensazione degli oneri del servizio universale, Corte di giustizia UE, sez. V, 31 maggio 2018, C-259/16 e C-260/16, *Confetra ed altri* e *AICAI ed altri* (oggetto della News US 12 giugno 2018, e in *Foro amm.*, 2018, 5, 747), su rinvio

pregiudiziale, dal T.a.r. per il Lazio, sez. I, ordinanza, 18 febbraio 2016, n. 2180 (oggetto della News US, in data 22 febbraio 2016), e n. 2179;

u) sui poteri di intervento dell'AGCOM sui gestori di servizi di telecomunicazioni, Corte di giustizia UE, 8 giugno 2023, C-468/20, F*astweb SpA, Tim SpA, Vodafone Italia SpA, Wind Tre SpA* (oggetto della News UM n. 87 del 5 luglio 2023 e in *Foro it. rep*., 2023, *Unione europea e Consiglio d'Europa*; *Foro amm*., 2023, 6, II, 869);

v) in dottrina: M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. it. dir. pubblico. Com.*, 2003, 1, 99; D. CASALINO, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, 10, 2733B; L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubblico com*., 2008, 1, 97 che, tra l'altro, tratta il tema dei fondi di compensazione; P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm*., 2020, 3, 531, che analizza, tra l'altro, le forme di finanziamento dei servizi di interesse economico generale in uno con le responsabilità degli utenti e delle autorità di regolazione nella garanzia di efficienza ed effettività delle prestazioni di servizio pubblico; M. TRIMARCHI*, I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubblico com*., 2020, 1, 53, che tratta il tema della concorrenza come limite delle compensazioni; A. MOLITERNI, *Trasformazioni dei servizi pubblici locali e improcrastinabilità della riforma*, in *Giornale di dir. amm*., 4, 1 luglio 2023, 478 che, tra l'altro, analizza le direttrici di fondo e i principali contenuti della riforma dei servizi pubblici locali contenuta nel d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201; R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023, 191 e ss. e, in particolare, G. FONDERICO "*Obblighi di servizio pubblico per gli operatori sul mercat*o";

w) in giurisprudenza: con riferimento ai contributi ai gestori di servizi pubblici (specie per gli aspetti relativi alla generalità e universalità) si vedano: Cons. Stato, sezione V, ordinanza, 24 maggio 2018, n. 3123 (oggetto della News US in data 30 maggio 2018 cui si rinvia per ogni approfondimento giurisprudenziale e dottrinale); T.a.r. per il Lazio, Latina, sez. I, ordinanza, 14 maggio 2018, n. 255 (oggetto della News US, in data 21 maggio 2018); Cons. Stato, sez. V, ordinanze, 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555 (in *Foro amm*., 2017,1047, in *Appalti& Contratti*, 2017, fasc. 6, 66, nonché oggetto della News US, in data 1 giugno 2017); Corte di giustizia UE, 24 luglio 2003, C-280/2000, *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in *Guida al dir*., 31, 87, con nota di CASTELLANETA e in *Cons. Stato*, II, 1355, con nota di ANTONUCCI.