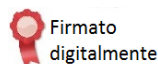




Numero di ruolo pubblicato	:	C-273/23
Numero dell'atto	:	1
Numero di registro	:	1255904
Data di deposito	:	26/04/2023
Data di iscrizione nel registro	:	28/04/2023
Tipo di atto	:	Domanda di pronuncia pregiudiziale
<hr/>		
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	Atto DC186643
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	Lantieri-6 Rossella (J360138)

Pubblicato il 18/04/2023



N. 03885/2023 REG.PROV.COLL.
N. 04399/2022 REG.RIC.
N. 04477/2022 REG.RIC.
N. 04486/2022 REG.RIC.
N. 04544/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 4399 del 2022, proposto da

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Ministero dello sviluppo economico, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Cantella, Marco D'Ostuni, Filippo Lattanzi e Marco Zotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47;

Vodafone Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Merusi, Alessandro Boso Caretta e

Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Orsingher ed Elisabetta Pistis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Wind Tre s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sara Fiorucci e Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sara Fiorucci in Roma, Via di Porta Pinciana, n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 4477 del 2022, proposto da Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Cantella, Marco D'Ostuni, Filippo Lattanzi e Marco Zotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n.47;

contro

Vodafone Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Merusi, Alessandro Boso Caretta e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Orsingher ed Elisabetta Pistis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ministero dello sviluppo economico, Tiscali Italia s.p.a., Bt Italia s.p.a. e Telecom Italia Sparkle s.p.a., non costituiti in giudizio;

Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

Wind Tre s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sara Fiorucci e Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sara Fiorucci in Roma, Via di Porta Pinciana, n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 4486 del 2022, proposto da Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Cantella, Marco D'Ostuni, Filippo Lattanzi e Marco Zotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47;

contro

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Matteo Orsingher ed Elisabetta Pistis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vodafone Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Merusi, Alessandro Boso Caretta e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Boso Caretta in Roma, via dei Due Macelli, n. 66;

Tiscali Italia s.p.a. e Bt Italia s.p.a., non costituite in giudizio;

Wind Tre s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e

difesa dagli avvocati Sara Fiorucci e Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sara Fiorucci in Roma, Via di Porta Pinciana, n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 4544 del 2022, proposto da Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Cantella, Marco D'Ostuni, Filippo Lattanzi e Marco Zotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47;

Tiscali Italia s.p.a. e Bt Italia s.p.a., non costituite in giudizio;

Vodafone Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Merusi, Alessandro Boso Caretta e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Boso Caretta in Roma, via dei Due Macelli, n. 66;

nei confronti

Wind Tre s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sara Fiorucci e Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sara Fiorucci in Roma, Via di Porta Pinciana, n. 6;

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Orsingher ed Elisabetta Pistis, con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4477 del 2022 e al ricorso n. 4399 del 2022:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 1963/2022;

quanto al ricorso n. 4486 del 2022 e al ricorso n. 4544 del 2022:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 2218/2022.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visto il ricorso incidentale proposto da Vodafone Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2023 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Saverio Cantella, Marco Zotta, Fabio Merusi, Alessandro Boso Caretta, Fabio Cintioli, Sara Fiorucci, Roberto Santi e Elisabetta Pistis;

1 – Con la delibera 263/20/CIR pubblicata il 21.07.2020, l'AGCOM ha avviato, a seguito di una serie di pronunce del giudice amministrativo di annullamento di precedenti delibere di regolazione della materia, una nuova consultazione pubblica per procedere al riesame dell'iniquità del costo netto del servizio universale imposto all' esercente di telefonia fissa Telecom Italia (TIM) per gli anni 1999-2009.

1.1 – Vodafone, con ricorso al TAR per il Lazio, ha impugnato detta delibera nella parte in cui avvia il procedimento di revisione e prospetta la sussistenza, a carico degli operatori di telefonia mobile, di un onere di contribuzione al costo netto del servizio universale (CNSU), che era già stato escluso dalle pregresse pronunce del giudice amministrativo.

2 - In corso di giudizio, l'Autorità ha adottato la delibera 18/21/CIR con cui viene

concluso il procedimento di riesame dell'iniquità del costo netto del SU per gli anni 1999 – 2009, ravvisandone i presupposti per tutte le annualità, tranne che per il biennio 1999-2000.

Con tale delibera viene stabilito che:

(i) per gli anni 1999-2000, la fornitura del servizio universale non ha determinato un costo netto iniquo in capo a TIM e, dunque, non è applicabile il meccanismo di ripartizione;

(ii) per gli anni 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2009 la fornitura del servizio universale ha determinato un costo netto iniquo e, dunque, è applicabile il meccanismo di ripartizione;

(iii) il quantum del costo netto e le quote di contribuzione degli operatori esulano dalla rinnovazione e rimangono confermati così come approvati nelle precedenti delibere di analisi del costo netto del servizio universale per le annualità 1999-2009;

(iv) per tutte le annualità per le quali è stata riscontrata l'iniquità dell'onere, sussiste un obbligo contributivo a carico di tutti gli operatori ex lege onerati, inclusi gli operatori di telefonia mobile.

2.1 – Vodafone ha impugnato quest'ultima delibera con motivi aggiunti, in parte reiterativi delle censure proposte in via principale.

Si sono costituite in giudizio l'Autorità garante nelle Comunicazioni (AGCOM), Telecom e le società Fastweb e Wind.

2.2 – Con autonomo ricorso (n. 5758/21) la delibera 18/21/CIR è stata impugnata anche da Telecom in riferimento alle due annualità (1999-2000) per le quali il costo netto del servizio rimane integralmente a suo carico, deducendone l'illegittimità sotto diversi profili per violazione di legge ed eccesso di potere.

In tale giudizio si è costituita Vodafone, che ha dedotto l'infondatezza e l'inammissibilità del ricorso principale e al contempo ha proposto ricorso incidentale, deducendo censure sostanzialmente analoghe a quelle già dedotte nel ricorso dalla stessa già proposto avverso la medesima delibera.

Si sono costituite in giudizio l'Autorità garante nelle Comunicazioni (AGCOM), Telecom e le società Fastweb e Wind.

3 – Con la sentenza n. 1963/22, resa sul ricorso promosso da Vodafone, il TAR adito:

- ha rilevato l'inammissibilità del ricorso principale avente ad oggetto l'atto di avvio della procedura di riesame;
- ha rigettato l'eccezione di intervenuta prescrizione del diritto a richiedere il pagamento della quota contributiva per il servizio universale;
- ha rigettato il motivo di ricorso con il quale la ricorrente aveva eccepito la consumazione del potere di riesame dell'Autorità;
- ha ritenuto sussistente il dedotto vizio di motivazione e di istruttoria relativo all'analisi di iniquità cd. seconda facie, con cui l'Autorità ha completato l'indagine sull'iniquità dell'onere con riguardo agli impatti economici e finanziari sul soggetto incaricato utilizzando come parametro l'indicatore CNSU/EBITDA; nello specifico, il parametro soglia individuato dall'Autorità per valutare la sussistenza dell'iniquità "soggettiva" dell'onere (rapporto CNSU/EBITDA superiore all'0.17%) "sarebbe di origine arbitraria e irragionevole", per l'effetto, ha annullato la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) n. 18/21/CIR.

3.1 – Avverso tale pronuncia hanno proposto appello Telecom (ricorso n. 4477/2022) e l'AGCOM (ricorso n. 4399/2022), le cui censure, in gran parte sovrapponibili, possono essere riassunte come di seguito:

- illegittima ingerenza da parte del Giudicante nelle valutazioni tecniche di competenza esclusiva dell'Autorità;
- omessa considerazione del fatto che il valore contestato rileva solo per l'annualità 2009 (in cui il rapporto CNUS/EBITDA era 0,17%), mentre in tutte le altre annualità è abbondantemente superato;
- contraddittorietà della motivazione del TAR alla luce dei precedenti dello stesso

Giudice (sentenza TAR Lazio n. 9378/2021) e del fatto che, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, l'AGCOM ha predeterminato tutti i criteri di analisi prima della sua concreta applicazione; infatti, la scelta dell'indicatore costo netto/EBITDA rappresenta l'esito di un'analisi svolta sulla scorta di consultazioni pubbliche a valle delle quali l'Autorità ha recepito le indicazioni provenienti proprio dagli operatori;

- ragionevolezza dell'indicatore dello 0,17% riferito al predetto parametro per determinare il carattere eccessivo dell'onere, tenuto anche conto del grado di incidenza del valore economico di tale soglia sugli investimenti del soggetto onerato;

- impossibilità di applicare al caso italiano valori-soglia di altri Paesi, atteso che sono completamente diverse le situazioni competitive, le architetture di rete, gli investimenti e le capacità finanziarie dei soggetti incaricati. Peraltro, l'Autorità ha evidenziato, concordemente alle osservazioni raccolte dagli operatori, come non esista, per la valutazione di un onere "eccessivo", un concetto di soglia univoca tra quelle adottate dai principali Paesi europei;

- corretta valutazione di inadeguatezza, da parte dell'Autorità, dei parametri alternativi proposti dagli OLO, anche alla luce della prassi applicativa in materia.

3.2 - In entrambi i giudizi si è costituita Vodafone, proponendo appello incidentale in via autonoma avverso i capi della sentenza che avevano disatteso i motivi di ricorso svolti in primo grado, così compendiabili:

- autonoma impugnabilità della delibera 263/20/CIR, avuto anche riguardo al fatto che Vodafone mirava ad accertare l'intervenuta decadenza del potere impositivo di AGCOM per le annate che si intendeva sottoporre a riesame;

- decadenza del potere impositivo AGCOM;

- illegittimità dell'accertamento dell'onere USO imponibile a Vodafone in relazione alle annate 1999/2003 per violazione del giudicato del TAR Lazio n. 4926/14, del Consiglio di Stato n. 3388/15 e del Consiglio di Stato n. 6881/19; illegittimità dell'accertamento dell'onere USO imponibile alla ricorrente Vodafone

in relazione alle annate 2004-2007 e 2009 per contrasto con precedenti delibere della stessa Autorità;

- illegittimità della valutazione di iniquità dell'onere prima facie nella parte in cui AGCOM evidenzia l'esistenza di una "crescente pressione concorrenziale" dei servizi di telefonia mobile "sui servizi fissi".

Vodafone ha, inoltre, riproposto i motivi di ricorso non esaminati:

- violazione di legge ed eccesso di potere nel procedimento di rinvio a provvedimenti determinativi del quantum imponibile annullati;

- violazione di legge ed eccesso di potere in merito al "quantum" recettizio imposto dai provvedimenti "rinnovati" per le singole annate 1999/2009;

- violazione e/o falsa applicazione degli artt. 53, 62, 63 e 11 del codice delle comunicazioni. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria. Illogicità e ingiustizia manifeste;

- illegittimità della determinazione del costo netto. Violazione di legge ed eccesso di potere. Difetto di istruttoria e carenza di motivazione;

- illegittimità della determinazione del costo netto per carenza di motivazione in relazione al valore deducibile dei benefici indiretti a favore di Telecom;

- illegittimità della determinazione del costo netto per contrasto con l'accertamento operato dalla società di revisione e per mancanza di concordanza con la realtà fattuale del presunto valore deducibile dei benefici indiretti a favore di Telecom;

- violazione di legge ed eccesso di potere per violazione del D.M. 10.03.1998;

- illegittimità per mancato esercizio del potere di autotutela rispetto alla delibera impositiva riferita all'anno 2001.

3.3 - Si sono costituite Wind e Fastweb; quest'ultima nel giudizio n. 4477/2022 ha, altresì, proposto appello incidentale, deducendo di aver impugnato la medesima delibera con ricorso al TAR per il Lazio (n. 5487/21); ricorso accolto con la sentenza n. 2047/22, per le medesime ragioni alla base della pronuncia n. 1963/22, di cui Fastweb chiede, pertanto, la conferma.

4 - Con la sentenza n. 2218/2022, resa sul ricorso proposto da Telecom, il TAR per il Lazio ha accolto il ricorso incidentale di Vodafone per ragioni coincidenti con quelle già espresse nella sentenza n. 1963 cit., dichiarando inammissibile il ricorso principale per carenza d'interesse ad agire.

4.1 - Avverso tale pronuncia hanno proposto appello Telecom (ricorso n. 4486/2022) e l'AGCOM (ricorso n. 4544/2022) per i motivi già dedotti nei precedenti ricorsi in appello avverso la sentenza n. 1963/22.

In aggiunta, Telecom ha contestato che il Tar avrebbe errato nell'esaminare prioritariamente il terzo motivo del ricorso incidentale di Vodafone, ritenendo che l'accoglimento di quest'ultimo "*fa venir meno un presupposto necessario per la ripartizione dell'onere*". Telecom ha, inoltre, riproposto i motivi non esaminati dal TAR e relativi all'illegittimità della Delibera 18/21/CIR nella parte in cui ha escluso l'iniquità del costo netto del servizio universale per gli anni 1999 e 2000.

In entrambi i giudizi si è costituita Vodafone, proponendo appello incidentale e riproponendo i motivi di primo grado non esaminati, analogamente a quanto dedotto in riferimenti ai precedenti ricorsi in appello.

Si sono, altresì, costituite Wind e Fastweb.

5 - Deve essere disposta la riunione dei quattro ricorsi indicati in epigrafe, in quanto in parte aventi ad oggetto la medesima sentenza (art. 96 c.p.a.) e, in ogni caso, aventi ad oggetto la medesima delibera n. 18/2021, apparendo pertanto evidente la connessione oggettiva e soggettiva tra i ricorsi.

6 - Appare logicamente prioritario l'esame dell'appello incidentale proposto da Vodafone in tutti e quattro i ricorsi in appello nella parte in cui, con diversi accenti, contesta la sussistenza del potere impositivo dell'Autorità nei confronti degli operatori di telefonia mobile, il cui accoglimento è potenzialmente in grado di assorbire le ulteriori questioni oggetto di causa.

Al riguardo, Vodafone lamenta:

- l'omesso esame della censura, riferita ad entrambe le delibere impugnate (del. 263/20/CIR e del. 18/21/CIR), di decadenza del potere impositivo per violazione

del principio di correttezza e buona fede a seguito del comportamento dell'amministrazione prolungato nel tempo, tale da generare il legittimo affidamento dell'appellante nella non ripetizione di atti annullati;

- che, per le annate 1999, 2000, 2002 e 2003, i provvedimenti di riparto dell'onere del SU dell'Autorità, più volte rideterminati, sono stati oggetto di un ampio e ripetuto contenzioso sviluppatosi nell'arco di oltre un decennio in cui sono intervenuti il TAR Lazio (da ultimo, con la sent. n. 4926/14), il Consiglio di Stato (sent. n. 3388/15), la Corte di Cassazione in sede di riparto di giurisdizione (sent. n. 30974/17), e nuovamente il Consiglio di Stato con una sentenza resa in sede di ricorso per l'ottemperanza al giudicato (sent. n. 6881/19); in forza delle predette sentenze si è formato, a proposito dei provvedimenti impositivi delle singole annate 1999, 2000, 2002 e 2003, il giudicato sulla non debenza dell'onere da parte della ricorrente, dal momento che il giudice amministrativo ha ripetutamente accertato che, nelle annate in questione, sulla scorta della Comunicazione della Commissione UE del 27 novembre 1996, non esisteva il presupposto dell'imposizione agli operatori mobili, ovvero l'esistenza di un mercato concorrenziale fra operatori di telefonia fissa e mobile;

- che, contrariamente alla prospettazione dell'Autorità e fatta propria dal Giudice di primo grado, l'estensione nei confronti degli operatori di rete mobile dell'obbligo di contribuire, tanto in applicazione del D.P.R. 318/97, quanto del Codice delle comunicazioni elettroniche, presuppone l'esistenza di una concorrenzialità per sostituibilità fisso/mobile;

- che il TAR ha errato nella parte in cui afferma che la del. 18/21/CIR utilizza un criterio del tutto nuovo al fine di individuare l'iniquità dell'onere, avendo abbandonato la valutazione della sostituibilità dei servizi (fisso e mobile) di telefonia, in favore dell'analisi della concorrenzialità del mercato e del grado di pressione competitiva che gli operatori di telefonia mobile esercitano su quelli di telefonia fissa, dal momento che nelle delibere impugnate nel corso degli anni

l'analisi sostanziale condotta da AGCOM è sempre la stessa ed al più differisce da un punto di vista terminologico/formale: AGCOM parla solo di pressione competitiva e non più di sostituibilità;

- che nei precedenti innanzi citati si è sempre affermata la contraddittorietà delle decisioni AGCOM sulla pretesa concorrenzialità del rapporto fra operatori di telefonia fissa e operatori di telefonia mobile con una precedente delibera della stessa Autorità (del. 65/09/CONS) nella quale AGCOM faceva propria una indagine nella quale si accertava la mancanza di concorrenzialità fisso/mobile almeno fino all'anno 2007 compreso;

- che gli effetti di tali giudicati si estendano anche alle annate 2004 - 2007, che sono proprio le annate per le quali la del. 65/09/CONS ha escluso la concorrenzialità tra il mercato della telefonia fissa e quello della telefonia mobile per sostituibilità di prodotto;

- che le medesime conclusioni valgono anche per il 2009, considerando che anche per tale anno la stessa AGCOM ha escluso, con la del. 623/15/CONS, l'esistenza di un rapporto di concorrenza per sostituibilità fisso-mobile (come accertato dal TAR per il Lazio con la sentenza n. 2542/20).

6.1 – Vodafone ha, inoltre, dedotto l'illegittimità dell'analisi di iniquità nella parte in cui AGCOM evidenzia l'esistenza di una "crescente pressione concorrenziale" dei servizi di telefonia mobile "sui servizi fissi" e motiva la valutazione di iniquità dell'onere in considerazione del "*grado di pressione concorrenziale esercitata dal mercato nei confronti del soggetto incaricato, sia su rete fissa che mobile*".

Secondo Vodafone, le conclusioni di AGCOM sulla "pressione concorrenziale" dei servizi di telefonia mobile sui servizi di telefonia fissa, infatti, sarebbero carenti di istruttoria – essendo stata omessa l'analisi delle dinamiche concorrenziali – e si pongono in stridente contraddizione con le analisi di mercato compiute dalla stessa Autorità con le già richiamate del. 65/09/CONS e 623/15/CONS, con cui l'Autorità ha escluso l'esistenza per tutte le annate in questione di un rapporto di sostituibilità fisso/mobile ed escluso, quindi, che vi fosse un rapporto di concorrenza tra i servizi

di telefonia fissa e mobile.

Anche sotto tale profilo, Vodafone insiste nel sostenere che l'accertamento della sostituibilità tra servizi è un presupposto imprescindibile per affermare l'esistenza di un rapporto di concorrenza tra due servizi e, quindi, di una "pressione competitiva".

7 - L'Autorità e Telecom, in replica alla prospettazione di Vodafone, rilevano che:

- la normativa europea e quella interna non prevedono che la partecipazione degli operatori mobili al meccanismo di contribuzione del costo netto del servizio universale sia subordinata all'accertamento del presupposto della sostituibilità fisso/mobile, essendo gli operatori mobili, al pari di quelli di rete fissa, autorizzati alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica e, in quanto tali, di per sé tenuti a detta contribuzione in caso di accertamento dell'iniquità dell'onere;

- la Comunicazione della Commissione UE del 27 novembre 1996 (richiamata da Vodafone) aveva semplicemente affidato agli Stati membri, in sede di recepimento delle direttive di liberalizzazione, la scelta se includere o meno gli operatori mobili fra quelli tenuti al finanziamento del servizio universale, scelta che, per quanto concerne l'ordinamento italiano, era stata fatta nel senso della loro ricomprensione, dapprima con il DPR n. 318/97 ed il DM 10.3.1998, successivamente con gli artt. 63, comma 1, e 63, comma 2, allegato 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

- in sintonia con tale assunto, al punto 24 dell'Allegato A alla delibera impugnata si ricava che in molti paesi UE, negli anni considerati dalla delibera 18/21/CIR, il meccanismo di finanziamento aveva coinvolto indistintamente gli operatori sia fissi che mobili, in applicazione del principio espresso nella comunicazione della Commissione UE del 1996;

- il gruppo Vodafone contribuisce al finanziamento del servizio universale in tutti gli altri Paesi europei dove opera, senza che la generalizzata estensione degli obblighi contributivi a tutti gli operatori, fissi e mobili, risulti essere stata contestata

in tali paesi dalle consorelle di Vodafone Italia.

7.1 – Quanta alla dedotta violazione del giudicato, rilevano che, con la sentenza n. 6881 dell'8 ottobre 2019, questo Consiglio ha ritenuto non preclusa una ulteriore riedizione del potere da parte dell'Autorità che faccia emergere un nuovo criterio di ripartizione dell'onere contributivo, affermando testualmente quanto segue: *“in realtà il giudicato non ha inibito, in linea di massima, un'attività di riesame da parte dell'AGCOM. Ad avviso del Collegio, anzi, neppure sarebbe precluso all'Autorità un accertamento che, senza rimettere in discussione le questioni fin qui decise, ed alla luce delle novità tecnologiche e scientifiche nelle comunicazioni elettroniche, faccia emergere un criterio nuovo e ragionevole di ripartizione del predetto onere contributivo, ossia un altro e diverso presupposto imponibile”*.

L'Autorità, alla luce del giudicato intervenuto, ha provveduto al riesame dell'iniquità del costo netto per le relative annualità, proprio tenuto conto degli elementi emersi dalla citata sentenza n. 6881/2019 e nel rispetto del quadro europeo e nazionale in materia di finanziamento del costo netto del servizio universale.

7.2 - Sotto altro profilo, evidenziano che l'analisi della diffusione del servizio mobile (e della connessa interdipendenza) rappresenta solo uno dei sei parametri utilizzati dall'Autorità per dimostrare l'iniquità dell'onere. Pertanto, quand'anche detta interdipendenza non dovesse ritenersi adeguatamente dimostrata, la correttezza dell'analisi di iniquità dell'onere svolta dall'Autorità dovrebbe essere valutata alla luce dei restanti 5 parametri.

7.3 - Entrambe le parti (Autorità e Telecom), qualora si dovesse prospettare un'interpretazione differente da quella da loro perorata, chiedono, ex art. 267 TFUE, di sottoporre questione pregiudiziale sul punto al vaglio della Corte di Giustizia UE.

8 - La prestazione del “servizio universale” (SU) nel settore della telefonia è assicurata dall'ex monopolista di rete; si intende per “servizio universale” quello fornito a tutti i soggetti richiedenti e comprendente la prestazione di un insieme di servizi di base, a prezzi accessibili; tale insieme, che compone il servizio

universale, è definito dall'autorità nazionale di regolazione (ANR) e comprende solo servizi di rete fissa.

Nel caso in cui la fornitura del servizio universale dia luogo ad un "costo netto" – ovverosia quando i costi sopportati dal fornitore sopravanzino i benefici – l'Autorità deve valutare se detto costo rappresenti o meno un "onere iniquo" a carico del fornitore designato (nella specie Telecom) e ripartire l'onere tra gli operatori del settore.

In relazione al primo periodo oggetto di riesame (1999-2003), il conferente quadro normativo era costituito dal DPR 318/1997, che all'art. 3, comma 6, stabiliva che *“qualora, in base alle disposizioni del presente articolo, gli obblighi di fornitura del servizio universale rappresentino un onere iniquo per l'organismo o gli organismi incaricati di fornire il servizio universale, è previsto un meccanismo atto a ripartire il costo netto dei suddetti obblighi con altri organismi che gestiscono reti pubbliche di telecomunicazioni, con fornitori di servizi di telefonia vocale accessibili al pubblico e con organismi che prestano servizi di comunicazione mobili e personali. Tale meccanismo non è applicabile quando: a) la fornitura delle obbligazioni di servizio universale non determina un costo netto; b) il costo netto degli obblighi di fornitura del servizio universale non rappresenti un onere iniquo; c) l'ammontare del costo netto da ripartire non giustifichi il costo amministrativo di gestione del metodo di ripartizione e finanziamento dell'onere di fornitura degli obblighi di servizio universale”*.

Il successivo comma 11 disponeva che *“sulla base del calcolo del costo netto di cui al comma 7, e della relazione di cui al comma 10, l'Autorità, tenuto anche conto degli eventuali vantaggi di mercato derivanti all'organismo incaricato, stabilisce se il meccanismo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale sia giustificato. In tal caso il relativo onere è ripartito in base a criteri di oggettività, non discriminazione e proporzionalità”*.

L'art. 2, comma 2, del DM 10.3.1998 ribadiva quanto stabilito dal DPR n.

318/1997, ossia che: *“Ai sensi dell’art. 3, comma 6, del regolamento, è previsto un meccanismo di ripartizione dei costi, basato sui principi di non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, a carico degli organismi che gestiscono reti pubbliche di telecomunicazioni, che forniscono al pubblico servizi di telefonia vocale, in proporzione all’utilizzazione da parte di tali soggetti delle reti pubbliche di telecomunicazioni, o che prestano servizi di comunicazioni mobili e personali in ambito nazionale”*.

Il D.lgs. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) ha confermato l’impianto già esistente, non apportando alcuna modifica sostanziale alla disciplina del finanziamento del servizio universale. Ai sensi dell’art. 62, comma 1, *“qualora l’Autorità ritenga che la fornitura del servizio universale di cui agli articoli da 53 a 60, dello stesso, possa comportare un onere ingiustificato per le imprese designate a fornire tale servizio, prevede il calcolo dei costi netti di tale fornitura. A tal fine, l’Autorità può: a) procedere al calcolo del costo netto delle singole componenti dell’obbligo del servizio universale, tenendo conto degli eventuali vantaggi commerciali derivanti all’impresa designata per la fornitura del servizio universale, in base alle modalità stabilite nell’allegato n. 11”*.

Ai sensi dell’art. 63, *“qualora sulla base del calcolo del costo netto di cui all’art. 62, l’Autorità riscontri che un’impresa designata è soggetta ad un onere ingiustificato, previa richiesta dell’impresa stessa, ripartisce il costo netto... fra i fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica utilizzando il fondo per il finanziamento del costo netto degli obblighi del servizio universale, istituito presso il Ministero”* (comma 1); *“il sistema di ripartizione dei costi deve rispettare i principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità, in conformità all’art. 2 commi 5, 6 e 7 dell’Allegato 11”* (comma 3). L’allegato 11, per quanto di rilievo, ribadisce che *“è previsto un meccanismo di ripartizione dei costi, basato sui principi di non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, a carico delle imprese che gestiscono reti pubbliche di comunicazioni, che forniscono servizi telefonici accessibili al pubblico, in*

proporzione all'utilizzazione da parte di tali soggetti delle reti pubbliche di comunicazioni, o che prestano servizi di comunicazione mobili e personali in ambito nazionale". Il comma 6 dello stesso succitato articolo prevede che "il meccanismo di cui al comma 2 non è applicabile quando: a) la fornitura delle obbligazioni di servizio universale non determina un costo netto; b) il costo netto degli obblighi di fornitura del servizio universale non rappresenti un onere iniquo; c) l'ammontare del costo netto da ripartire non giustifichi il costo amministrativo di gestione del metodo di ripartizione e finanziamento dell'onere di fornitura degli obblighi di servizio universale".

9 - Con la sentenza del TAR per il Lazio 13 maggio 2014, n. 4926, confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza del 7 luglio 2015, n. 3388, sono stati accolti i ricorsi proposti avverso le delibere di rinnovazione dei procedimenti relativi all'applicabilità del meccanismo di ripartizione del costo netto del servizio universale per gli anni 1999, 2000, 2002 e 2003 (delibere nn. 106/11/CIR, 107/11/CIR, 108/11/CIR, 109/11/CIR), ritenendo non provata la sussistenza di un rapporto di sostituibilità fisso/mobile, da ritenersi presupposto dell'imposizione in capo a Vodafone, quale operatore di telefonia mobile.

Con la già richiamata sentenza n. 6881 dell'8 ottobre 2019, questo Consiglio, in riferimento alle medesime annualità, ha affermando che il criterio della sostituibilità fisso/mobile, quale presupposto per la contribuzione in capo agli operatori mobili, è in via definitiva "fallace", precisando che "*gli appelli qui riuniti vanno accolti nei sensi finora esaminati, con conseguenti nullità del presupposto contributivo in capo all'appellante...*".

In riferimento all'anno 2009, è stata esclusa l'esistenza di un rapporto di concorrenza per sostituibilità fisso-mobile con la sentenza n. 2542/20 del TAR per il Lazio.

10 - Il provvedimento impugnato nel presente giudizio richiama in modo espresso le citate pronunce, precisando di non fare più riferimento al parametro del grado di

sostituibilità fisso-mobile, al fine dell'imposizione del contributo agli operatori di telefonia mobile.

Nello specifico, per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, la delibera mette 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 ha 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, in particolare laddove il cliente: i) decide di usare solo il cellulare; oppure ii) decide di usare il cellulare mantenendo comunque il servizio di rete fissa, decidendo tuttavia in alcuni casi di usare il cellulare anche da casa.

Il provvedimento al riguardo precisa ulteriormente che la "pressione competitiva" costituisce una valutazione di mercato funzionale a stabilire in che misura l'onere sostenuto dal soggetto incaricato sia iniquo, unica verifica che la legge chiede all'Autorità alla luce di un complesso di indicatori che lo caratterizzano.

10.1 – Come anticipato, la delibera impugnata, dopo aver richiamato le citate pronunce del giudice amministrativo, precisa ulteriormente di procedere in modo uniforme per gli anni 1999-2009 (ad eccezione dell'anno 2001) al riesame dell'iniquità dell'onere nel rispetto del quadro normativo europeo e nazionale, *“senza più svolgere l'analisi di sostituibilità fisso-mobile quale presupposto per chiamare alla contribuzione gli operatori mobili”*, e di limitare le verifiche a quanto prescritto dal legislatore.

L'Autorità ha quindi verificato l'iniquità dell'onere tramite: A) Analisi del contesto concorrenziale; B) Verifica del CNSU (perdita); C) Analisi di impatti economici, finanziari derivanti dal CNSU.

Per quanto concerne più direttamente l'iniquità prima facie (fase A), l'AGCOM si è basata sul rapporto BEREC del 2017, secondo il quale, per determinare l'iniquità dell'onere del costo netto e la conseguente applicabilità del meccanismo di ripartizione, occorre valutare il livello di concorrenzialità del mercato sulla base dei seguenti indicatori: I. quote del mercato dell'accesso in volume e ricavi; II. volume

e quote di mercato del traffico telefonico; III. grado di interconnessione per i servizi di raccolta e terminazione su rete fissa e mobile; IV. diffusione dei servizi su rete mobile; V. vantaggi per gli operatori derivanti dagli obblighi USO; VI. posizione finanziaria degli operatori.

11 - In base alla normativa nazionale, l'inclusione degli operatori mobili tra i soggetti obbligati a contribuire al finanziamento del costo netto, ove la fornitura del servizio universale rappresenti un onere iniquo, non è esplicitamente subordinata alla dimostrazione della sussistenza di un sufficiente grado di sostituibilità fisso/mobile quale specifico presupposto per l'assoggettamento all'onere.

Tale aspetto, alla stregua della giurisprudenza nazionale, appare tuttavia un parametro comunque necessario ai fini di stabilire se l'onere è "iniquo" (*cfr.* Cons. St. n. 3388/2015: *"L'assenza, quindi, di una marcata situazione di concorrenza per sostituibilità fra fisso e mobile nel segmento di mercato priva di presupposto l'estensione a carico di Vodafone dell'onere di contribuzione per il costo qualificato iniquo del servizio universale che, come posto in rilievo dalla giurisprudenza di questo Consiglio, trova la sua ragion d'essere nella necessità di neutralizzare ogni effetto distorsivo della concorrenza a vantaggio di chi detti costi non debba affrontare"*); la sentenza di questo Consiglio n. 6881/19 ha ribadito che: *"dall'assenza...di elementi seri sulla sostituibilità dei due servizi non è possibile inferire la sicura esistenza del citato presupposto di fatto per la contribuzione"*).

11.1 – Per altro verso, sebbene la delibera impugnata abbia esplicitamente affermato di aver rimosso il criterio della sostituibilità fisso/mobile, Vodafone deduce che l'analisi sostanziale condotta da AGCOM sia sempre la stessa (*"al più differisce da un punto di vista terminologico"*), rilevando che nessuna concreta novità è stata introdotta attraverso gli indicatori dell'analisi di iniquità prima facie utilizzati dall'Autorità.

Al riguardo, la cd. analisi della pressione competitiva appare effettivamente in gran parte sovrapponibile a quella di sostituibilità svolta nelle precedenti delibere

annullate, non essendo dato cogliere immediatamente la distinzione tra le due analisi (vedasi la relazione tecnica deposita in giudizio da Vodafone).

11.2 – Gli aspetti innanzi evidenziati, avuto riguardo alle censure svolte da Vodafone, rivestono una duplice rilevanza: - processuale: al fine di valutare l'eccezionale violazione del giudicato rappresentato dalle sentenze di questo Consiglio n. 3388/2015 e n. 6881/19; - sostanziale: al fine di valutare il corretto esercizio del potere da parte dell'Autorità.

12 - In base al quadro normativo europeo, recepito dalle norme nazionali innanzi citate, non pare possibile trarre un'immediata risposta alla questione innanzi evidenziata.

In base all'art. 4 *quater*, comma 1, della direttiva 90/388/CEE: *“Fatta salva l'armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio nel quadro della fornitura di una rete aperta (ONP), qualsiasi regime nazionale necessario per condividere il costo netto relativo agli obblighi di prestazione del servizio universale assegnati agli organismi di telecomunicazioni con altri organismi, sia esso basato o meno su un sistema di oneri supplementari o un fondo per il servizio universale, deve: a) riguardare esclusivamente le imprese fornitrici di reti pubbliche di telecomunicazioni; b) assegnare ad ogni impresa l'onere spettante in base a criteri di oggettività e non discriminazione e in conformità del principio di proporzionalità”*.

L'art. 5, comma 1, della direttiva n. 97/33/CE stabiliva che *“qualora, in base alle disposizioni del presente articolo, uno Stato membro stabilisca che gli obblighi di servizio universale rappresentino un onere eccessivo per un organismo, esso prevede un meccanismo atto a ripartire il costo netto di detti obblighi con altri organismi che gestiscano reti pubbliche di telecomunicazione e/o servizi di telefonia vocale a disposizione del pubblico. Nel fissare i contributi dovuti, gli Stati membri tengono in debito conto i principi della trasparenza, della non discriminazione e della proporzionalità. Possono essere finanziati con queste modalità solo le reti pubbliche di telecomunicazione e i servizi di*

telecomunicazione a disposizione del pubblico di cui all'allegato I, parte I”.

L’art. 13, comma 1, lettera b), della direttiva n. 2002/22/CE “Finanziamento degli obblighi di servizio universale” prevede che: “1. *Qualora, sulla base del calcolo del costo netto di cui all'articolo 12 le autorità nazionali di regolamentazione riscontrino che l'impresa stessa è soggetta ad un onere eccessivo, gli Stati membri decidono, previa richiesta di un'impresa designata: a) di introdurre un dispositivo inteso a indennizzare l'impresa per i costi netti così calcolati attingendo a fondi pubblici in condizioni di trasparenza, e/o b) di ripartire il costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica. 2. Qualora il costo netto sia ripartito ai sensi del paragrafo 1, lettera b), gli Stati membri istituiscono un meccanismo di ripartizione, gestito dalle autorità nazionali di regolamentazione o da un organismo indipendente dai beneficiari e posto sotto la supervisione dell'autorità nazionale di regolamentazione. Può essere finanziato unicamente il costo netto degli obblighi di cui agli articoli da 3 a 10, calcolato conformemente all'articolo 12. 3. Il sistema di ripartizione dei costi deve rispettare i principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità, in conformità dell'allegato IV, parte B. Gli Stati membri possono decidere di non chiedere contributi alle imprese il cui fatturato nazionale non raggiunga un determinato limite. 4. Gli eventuali contributi relativi alla ripartizione del costo degli obblighi di servizio universale sono dissociati e definiti separatamente per ciascuna impresa. Tali contributi non sono imposti o prelevati presso imprese che non forniscono servizi nel territorio dello Stato membro che ha istituito il sistema di ripartizione”.*

13 - Per le ragioni esposte, appare necessario rimettere alla Corte di Giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali così come richiesto dalle parti, stante anche l’obbligo che in tale senso incombe sul Giudice di ultima istanza:

“se la direttiva n. 97/33/CE, e in particolare l’art. 5, e la direttiva n. 2002/22/CE, e in particolare l’art. 13, ratione temporis applicabili, nonché i principi di

trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità debbano essere interpretati nel senso che:

a) è consentito a una normativa nazionale imporre ex lege l'estensione agli operatori di telefonia mobile degli obblighi di contribuzione al finanziamento degli oneri iniqui scaturenti dalla prestazione dello stesso servizio universale, senza subordinare tale evenienza alla verifica da parte dell'ANR dell'esistenza di un rapporto di concorrenza o sostituibilità tra gli operatori onerati e l'operatore designato della prestazione di detto servizio all'interno di un medesimo mercato rilevante secondo il diritto della concorrenza”;

b) è consentito alle ANR, in aggiunta o in alternativa al criterio della sostituibilità tra servizi di rete fissa e mobile, ai fini della verifica dell'iniquità dell'onere, l'utilizzo di ulteriori criteri – e se sì, quali – per fondare un obbligo di finanziamento in capo agli operatori mobili”.

14 - Ai sensi delle “Raccomandazioni all'attenzione dei Giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” vanno trasmessi, a cura della segreteria della Sezione, in copia alla cancelleria della Corte mediante plico raccomandato, gli atti componenti il fascicolo della presente causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta):

- rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale degli atti indicati in motivazione e del fascicolo di causa;
- sospende il processo nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO