

Causa C-243/21**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

14 aprile 2021

Giudice del rinvio:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia)

Data della decisione di rinvio:

6 aprile 2021

Ricorrenti:

«TOYA» sp. z o.o.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji

Convenuto:

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Oggetto del procedimento dinanzi al giudice nazionale

Il procedimento dinanzi al giudice del rinvio riguarda il ricorso presentato dalla TOYA Sp. z o.o. avverso la decisione del Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Presidente dell'Ufficio per le comunicazioni elettroniche; autorità nazionale polacca di regolamentazione; in prosieguo: il «Prezes UKE»), con la quale quest'ultimo ha stabilito ex ante le condizioni di accesso all'infrastruttura fisica della TOYA Sp. z o.o. ed ha imposto a tale società di garantire la disponibilità a concludere accordi quadro e contratti specifici nonché a ricevere richieste di accesso all'infrastruttura fisica conformemente alle disposizioni delle condizioni di accesso stabilite nella suddetta decisione.

Oggetto e fondamento giuridico della questione pregiudiziale

Ai sensi dell'articolo 267 TFUE, il giudice del rinvio intende stabilire se le disposizioni del diritto dell'Unione relative alla regolamentazione del mercato delle telecomunicazioni ostino ad un'interpretazione della disposizione di cui

all'articolo 18, paragrafo 3, della legge relativa al sostegno allo sviluppo dei servizi e delle reti di telecomunicazione, la quale autorizza il Prezes UKE ad imporre a un'impresa di telecomunicazioni che dispone di un'infrastruttura fisica ed è nel contempo fornitrice di servizi pubblici di comunicazione elettronica o di reti pubbliche, ma che non detiene un significativo potere sul mercato della canalizzazione dei cavi, l'obbligo regolamentare di applicare le condizioni, stabilite ex ante dal Prezes UKE, che disciplinano le regole di accesso all'infrastruttura fisica di tale operatore, comprese le norme e le procedure per la conclusione di contratti nonché le tariffe di accesso applicabili, indipendentemente dall'esistenza di una controversia relativa all'accesso all'infrastruttura fisica dell'operatore in questione e dall'esistenza di una concorrenza effettiva sul mercato.

Nel pronunciarsi sulla controversia, il giudice del rinvio è tenuto ad applicare il contesto di diritto e di fatto sussistente alla data della decisione, ossia all'11 settembre 2018, quando erano in vigore le direttive 2002/19/CE e 2002/21/CE, le quali sono state abrogate il 21 dicembre 2020 in forza dell'articolo 125 [della direttiva (UE) 2018/1972] che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (in prosieguo: la «direttiva codice»), la quale ha sostituito le disposizioni delle succitate direttive. Peraltro, la direttiva codice non è stata ancora recepita nell'ordinamento giuridico polacco. Tuttavia, qualora la Corte dovesse ritenere che le questioni proposte debbano avere ad oggetto le disposizioni della direttiva codice, il giudice del rinvio chiede che venga fornita la risposta alla questione pregiudiziale sollevata nell'opzione II.

Questione pregiudiziale/Questioni pregiudiziali

1. Se l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime, in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 5, e con l'articolo 1, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, debba essere interpretato nel senso che esso osta a che l'autorità nazionale di regolamentazione possa imporre ad un operatore che dispone di un'infrastruttura fisica ed è al contempo fornitore di un servizi pubblicamente accessibili o di reti di comunicazione elettronica, ma che non è stato designato come operatore detentore di un significativo potere di mercato, l'obbligo di applicare le condizioni, stabilite ex ante da tale autorità, che disciplinano le regole di accesso all'infrastruttura fisica dell'operatore in questione, comprese le norme e le procedure per la conclusione dei contratti nonché le tariffe di accesso applicabili, indipendentemente dall'esistenza di una controversia relativa all'accesso all'infrastruttura fisica di tale operatore e dall'esistenza di una concorrenza effettiva sul mercato.

In subordine (opzione II)

2. Se l'articolo 67, paragrafi 1 e 3, in combinato disposto con l'articolo 68, paragrafi 2 e 3, della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 5, e con l'articolo 1, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, debba essere interpretato nel senso che esso osta a che l'autorità nazionale di regolamentazione possa imporre ad un operatore che dispone di un'infrastruttura fisica ed è al contempo fornitore di un servizi pubblicamente accessibili o di reti di comunicazione elettronica, ma che non è stato designato come operatore detentore di un significativo potere di mercato, l'obbligo di applicare le condizioni, stabilite ex ante da tale autorità, che disciplinano le regole di accesso all'infrastruttura fisica dell'operatore in questione, comprese le norme e le procedure per la conclusione dei contratti nonché le tariffe di accesso applicabili, indipendentemente dall'esistenza di una controversia relativa all'accesso all'infrastruttura fisica di tale operatore e dall'esistenza di una concorrenza effettiva sul mercato.

Disposizioni del diritto dell'Unione fatte valere

Direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità (GU 2014, L 155, pag. 1) come modificata (in prosieguo: la «direttiva sui costi») – articolo 1, paragrafo 4, e articolo 3, paragrafi 1, 2 e 5

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) (GU 2002, L 108, pag. 33), e successive modifiche – articolo 8, paragrafo 5

Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) (GU 2002, L 108, pag. 7), come modificata – articolo 8, paragrafi da 1 a 5 nonché articolo 9, paragrafi 1 e 2

Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (GU 2018, L 321, pag. 36) – articolo 67, paragrafi 1 e 3, nonché articolo 68

Disposizioni del diritto nazionale fatte valere

Legge del 7 maggio 2010 relativa allo sviluppo dei servizi e delle reti di telecomunicazione (Ustawa z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych; testo unico: Dziennik Ustaw - Gazzetta ufficiale polacca - del 2017, posizione 2062) (in prosieguo: la «legge relativa al sostegno») – articolo 17, paragrafi 1 e 2, articolo 18, paragrafi da 1 a 3 e da 6 a 8, nonché articolo 22, paragrafi da 1 a 3

Legge del 16 luglio 2004 sulle telecomunicazioni (ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne; testo unico: Dziennik Ustaw del 2019, posizione 2460) (in prosieguo: la «legge sulle telecomunicazioni») – articolo 139

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 La TOYA Sp. z o.o. è un'impresa di telecomunicazioni nonché un operatore di rete ai sensi della legge del 7 maggio 2010 relativa al sostegno allo sviluppo dei servizi e delle reti di telecomunicazione (in prosieguo: la «legge relativa al sostegno»).
- 2 Il Prezes UKE ha avviato d'ufficio un procedimento amministrativo ed ha invitato la TOYA sp. z o.o. a fornire informazioni sulle condizioni alle quali viene garantito l'accesso alla sua infrastruttura fisica. In risposta, la TOYA sp. z o.o. ha fornito le informazioni richieste.
- 3 L'11 settembre 2018, il Prezes UKE ha adottato la decisione con la quale ha definito le condizioni di accesso all'infrastruttura fisica della Toya sp. z o.o. per quanto riguarda la canalizzazione dei cavi e la canalizzazione teletecnica degli edifici nonché ha imposto alla Toya sp. z o.o. di garantire la disponibilità a concludere accordi quadro e contratti specifici e a ricevere richieste di accesso all'infrastruttura fisica conformemente alle disposizioni delle condizioni di accesso stabilite nella suddetta decisione.
- 4 La Toya sp. z o.o. ha proposto ricorso avverso la decisione del Prezes UKE dinanzi al Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunale regionale di Varsavia - Tribunale per la tutela della concorrenza e dei consumatori) (giudice del rinvio).

Argomenti essenziali delle parti del procedimento dinanzi al giudice nazionale

- 5 Nella motivazione della decisione, il Prezes UKE ha fatto riferimento alla disposizione di cui all'articolo 18, paragrafo 3, della legge relativa al sostegno, ai sensi della quale, dopo la presentazione, da parte di un operatore di rete, delle informazioni relative alle condizioni alle quali viene garantito l'accesso all'infrastruttura fisica, il Prezes UKE, applicando i criteri di cui all'articolo 22,

paragrafi da 1 a 3, può, mediante decisione, determinare le condizioni alle quali deve essere garantito l'accesso all'infrastruttura fisica. A norma dell'articolo 22, paragrafo 1, della legge relativa al sostegno, il Prezes UKE adotta una decisione in ordine all'accesso all'infrastruttura fisica, tenendo conto, in particolare, della necessità di assicurare condizioni di accesso non discriminatorie e proporzionate.

- 6 Il Prezes UKE ha sottolineato che questi principi sono sanciti dalla legislazione dell'Unione europea, tra cui, innanzitutto, il Trattato sull'Unione europea. Di conseguenza, essi dovrebbero essere applicati tenendo conto dell'acquis dottrinale e giurisprudenziale dell'Unione. Il principio di proporzionalità implica che le condizioni di accesso all'infrastruttura fisica stabilite nella decisione amministrativa devono essere necessarie e appropriate, mentre le misure adottate devono essere il meno onerose possibile. Da tale principio discende il divieto di adottare atti di imperio oltre quelli necessari. Pertanto, gli Stati membri, nel valutare la necessità dell'applicazione di una misura specifica, devono anzitutto verificare se esista una misura meno restrittiva per una situazione fattuale simile. La valutazione della necessità e della portata della misura rientra nella competenza dell'autorità che controlla le condizioni previste dalle disposizioni. Il principio di proporzionalità è sempre legato ad interessi specifici e concorrenti. In riferimento a questo principio, il Prezes UKE ha ritenuto che non esiste un'altra possibilità di determinare le condizioni di accesso all'infrastruttura fisica della TOYA sp. z o.o., se non mediante la decisione amministrativa. Secondo il Prezes UKE, le regole di accesso stabilite nella decisione, pur incidendo sul diritto di proprietà della TOYA Sp. z o.o., non sono troppo gravose per la società e tengono debitamente conto dei diritti e degli interessi di quest'ultima. In particolare, essa non è stata privata della possibilità di definire il contenuto dell'accordo quadro in modo che esso rispetti le regole di funzionamento adottate all'interno della propria impresa, purché le disposizioni dell'accordo quadro in questione non si pongano in contrasto con le condizioni di accesso stabilite nella decisione e non siano meno favorevoli per le imprese che utilizzano l'infrastruttura.
- 7 Il Prezes UKE ha inoltre indicato che le disposizioni della legge relativa al sostegno, nella parte riguardante i presupposti che lo autorizzano ad adottare le decisioni che determinano le condizioni di accesso all'infrastruttura fisica, non fanno riferimento né alle dimensioni dell'infrastruttura posseduta, né al numero di controversie relative all'accesso all'infrastruttura. Pertanto, nell'emettere la decisione, il Prezes UKE ha tenuto conto del fatto che la TOYA Sp. z o.o. sarà obbligata a garantire la parità di trattamento, di cui all'articolo 17 della legge relativa al sostegno, a tutti gli imprenditori che richiedono l'accesso. Orbene, a fronte della necessità di assicurare condizioni di accesso proporzionate, il Prezes UKE ha stabilito le condizioni di accesso, adottando misure sufficienti, e allo stesso tempo minime, al fine di garantire l'attuazione dell'obiettivo perseguito da tale accesso.
- 8 Il Prezes UKE ha spiegato che le determinazioni contenute nella decisione sono conformi agli obiettivi stabiliti nella direttiva sui costi, le cui disposizioni sono state trasposte dalla legge relativa al sostegno. In particolare, esso ha tenuto conto

dei considerando 4, 5, 7, 8 e 9 della citata direttiva, che indicano i vantaggi della condivisione dell'infrastruttura e la necessità di eliminare le barriere che portano ad un uso inefficiente delle risorse esistenti. Secondo il Prezes UKE, la procedura universale adottata nel dispositivo della decisione che definisce le condizioni di accesso all'infrastruttura fisica contribuirà alla coerenza dei termini, delle procedure e delle tariffe praticate sul mercato, per quanto riguarda la messa a disposizione del sistema di canalizzazione. Ciò garantirà quindi la parità di trattamento di tutti gli operatori, contribuirà a ridurre i costi di acquisizione dell'infrastruttura da parte degli operatori delle telecomunicazioni che si avvalgono dell'accesso ad un'infrastruttura fisica nonché favorirà un accesso più ampio al sistema di canalizzazione.

- 9 Il Prezes UKE ritiene che la disposizione dell'articolo 18, paragrafo 3, della legge relativa al sostegno gli consenta di determinare le condizioni alle quali debba essere garantito l'accesso all'infrastruttura fisica in ogni caso, anche in assenza di una controversia tra le parti e anche qualora l'operatore non disponga di un significativo potere di mercato sul mercato pertinente.
- 10 Secondo la Toya sp. z o.o., la decisione che le impone ex ante l'obbligo di applicare l'offerta quadro viola manifestamente l'articolo 3, paragrafi 2 e 5, della direttiva sui costi nonché il considerando 12 e l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva sui costi, in combinato disposto con l'articolo 8, paragrafi 2 e 3, della direttiva accesso e con l'articolo 8, paragrafo 5, lettera f), della direttiva quadro, ai sensi dei quali tale obbligo può essere imposto solo a un operatore che detiene un significativo potere di mercato su un mercato designato e deve essere oggetto di analisi adeguata da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione.

Breve illustrazione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 11 Di fondamentale importanza per la risoluzione della controversia è l'interpretazione dell'articolo 18, paragrafo 3, della legge relativa al sostegno alla luce delle disposizioni dell'Unione in materia di regolamentazione del mercato delle telecomunicazioni.
- 12 L'articolo 18 è stato introdotto nel diritto polacco al fine di attuare i postulati e le soluzioni risultanti dalla direttiva sui costi, il cui obiettivo era quello di ridurre i costi legati alla fornitura di accesso ad internet a banda larga.
- 13 L'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva sui costi impone all'operatore di rete l'obbligo di soddisfare tutte le richieste ragionevoli di accesso alla sua infrastruttura fisica secondo condizioni eque e ragionevoli. In caso di rifiuto dell'accesso o qualora sorga una controversia relativa ai termini e alle condizioni specifici di tale accesso, l'autorità nazionale di regolamentazione deve, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 5, della direttiva sui costi, emettere una decisione per risolvere la controversia. La direttiva sui costi prevede quindi l'intervento dell'autorità nazionale di regolamentazione soltanto nell'ipotesi in cui sorga una controversia in un caso specifico e non contiene disposizioni che consentano alla

suddetta autorità di imporre l'obbligo di applicare le offerte quadro in tale ambito, né di interferire con le offerte in parola.

- 14 Alla luce delle disposizioni della direttiva sui costi, solleva perplessità l'adozione da parte del Prezes UKE di atti d'imperio, quale l'emissione della decisione amministrativa che determina le condizioni di accesso all'infrastruttura fisica e che impone alla Toya sp. z o.o. di applicare dette condizioni nei confronti di qualsiasi operatore che presenti una richiesta di accesso. Per conseguire gli obiettivi della direttiva sui costi sarebbe, infatti, sufficiente ricorrere alle decisioni amministrative solo in caso di controversie o di distorsione della concorrenza su un determinato mercato.
- 15 Inoltre, la decisione impone alla Toya sp. z o.o. obblighi ex ante, mentre dalle disposizioni della direttiva accesso e della direttiva quadro, nonché attualmente della direttiva codice, risulta che siffatti obblighi possono essere imposti agli operatori che detengono un significativo potere di mercato solo se su un determinato mercato non operi una concorrenza effettiva e sostenibile. Orbene, prima di emettere la decisione, il Prezes UKE non ha effettuato l'analisi volta a determinare la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato della canalizzazione dei cavi ed è indubbio che la Toya sp. z o.o. non detiene un significativo potere su tale mercato. Il giudice del rinvio precisa inoltre che, conformemente all'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva sui costi, in caso di conflitto tra una disposizione di tale direttiva e una disposizione delle direttive ivi elencate, in particolare della direttiva quadro e della direttiva accesso, prevale la pertinente disposizione di queste ultime direttive.
- 16 Occorre rilevare che anche nel diritto polacco, la possibilità per il Prezes UKE di imporre ad un'impresa di telecomunicazioni obblighi ex ante in materia di accesso alle telecomunicazioni è subordinata alla verifica, se ciò sia necessario per assicurare una concorrenza effettiva. Infatti, dall'articolo 139, paragrafo 1b), della legge sulle telecomunicazioni, in combinato disposto con l'articolo 139, paragrafo 1, della medesima legge, risulta che l'obbligo di garantire l'accesso agli edifici e all'infrastruttura di telecomunicazione incombe su tutte le imprese di telecomunicazione ex lege, indipendentemente dal fatto che detengano o meno un significativo potere di mercato, fermo restando che l'emissione di una decisione che impone obblighi ex ante deve essere giustificata dall'assenza di una concorrenza effettiva.
- 17 Oltre alla decisione relativa alla TOYA sp. z o.o., il Prezes UKE ha emesso altre sei decisioni analoghe riguardanti altri sei operatori, i quali hanno parimenti proposto ricorsi avverso tali provvedimenti. La pronuncia pregiudiziale inciderà anche sulle decisioni che verranno emesse nelle cause avviate con questi altri ricorsi e rivestirà quindi un'importanza significativa per il funzionamento del mercato nazionale delle telecomunicazioni.