

**Causa C-494/21**

**Domanda di pronuncia pregiudiziale**

**Data di deposito:**

11 agosto 2021

**Giudice del rinvio:**

High Court (Irlanda)

**Data della decisione di rinvio:**

30 luglio 2021

**Ricorrente:**

Eircom Limited

**Resistente:**

Commission for Communications Regulation

---

**LA HIGH COURT**

**COMMERCIAL (ALTA CORTE, SEZIONE COMMERCIALE)**

*(omissis)*

*(omissis)*

[Questioni procedurali] *(omissis)* *(omissis)*

**SI DISPONE** che, ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la seguente questione, esposta nella sentenza scritta di questa Corte, pronunciata il 5 maggio 2021, sia sottoposta alla Corte di giustizia dell'Unione europea:

In circostanze nelle quali:

- (i) il mercato delle telecomunicazioni è stato liberalizzato ed esiste una pluralità di fornitori di servizi di telecomunicazione operanti sul mercato;

(ii) l'autorità nazionale di regolamentazione (in prosieguo: la «ANR») ha selezionato un fornitore del servizio (in prosieguo: il «fornitore del servizio universale») per adempiere gli obblighi di servizio universale;

(iii) l'ANR ha stabilito che esiste un costo netto positivo connesso all'adempimento degli obblighi di servizio universale (in prosieguo: il «costo netto degli obblighi di servizio universale»); e

(iv) l'ANR ha accertato che il costo netto degli obblighi di servizio universale è significativo rispetto ai costi amministrativi connessi all'istituzione di un dispositivo di condivisione di tale costo netto tra gli operatori del mercato;

se l'ANR è tenuta, in conformità agli obblighi posti a suo carico in virtù della direttiva “servizio universale” 2002/22, a valutare se il costo netto degli obblighi di servizio universale sia eccessivo con riferimento alla capacità del fornitore del servizio universale di sopportarlo, tenuto conto di tutte le caratteristiche specifiche di detto fornitore, segnatamente del livello delle sue apparecchiature, della sua situazione economica e finanziaria nonché della sua quota di mercato (di cui al punto 42 della sentenza [della Corte di giustizia dell'Unione europea] nella causa Base), se sia ammissibile, ai sensi delle direttive, che l'ANR effettui tale valutazione prendendo in considerazione esclusivamente le caratteristiche/situazione del fornitore del servizio universale, oppure sia tenuta a valutare le caratteristiche/situazione di quest'ultimo rispetto ai suoi concorrenti sul mercato di riferimento.

(omissis) (omissis)

1 (omissis) [Abbreviazioni]

(omissis) (omissis)

## **I. IL GIUDICE DEL RINVIO**

2 (omissis)

## **II. LE PARTI NEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E I LORO DIFENSORI**

3 (omissis)

4 (omissis)

5 (omissis)

6 (omissis) (omissis)

### **III. OGGETTO DEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E FATTI PERTINENTI**

- 7 Si chiedono alla Corte di giustizia dell'Unione europea indicazioni sulla corretta applicazione della sentenza nella causa Base, C-389/08, avente ad oggetto l'interpretazione della direttiva «servizio universale e, più in particolare, la valutazione dell'onere eccessivo, nel caso in cui esista un solo FSU sul mercato irlandese ma molteplici fornitori di servizi di telecomunicazioni.
- 8 La controversia nel procedimento principale riguarda un ricorso proposto dalla Eircom dinanzi alla High Court (Alta Corte) irlandese in forza della regola 4 delle European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 [regolamento delle Comunità europee del 2011 sulle reti e i servizi per le comunicazioni elettroniche (quadro)] (in prosieguo: il «regolamento quadro»).
- 9 La Eircom impugna cinque decisioni della Commission for Communications Regulation (commissione per la regolamentazione delle comunicazioni; in prosieguo la «ComReg») che hanno dichiarato che il costo netto sostenuto dalla Eircom per l'adempimento degli OSU in relazione alla fornitura dell'accesso da postazioni fisse per gli anni dal 2010-2011 al 2014-2015, incluso, non costituiva un onere eccessivo per la Eircom e che, di conseguenza, le domande di finanziamento di quest'ultima presentate ai sensi della regola 11 delle European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 [regolamento delle Comunità europee del 2011 sulle reti e i servizi di comunicazione elettronica (servizio universale e diritti degli utenti)] (in prosieguo: il «regolamento sul servizio universale») dovevano essere respinte.

### **IV. ESPOSIZIONE CRONOLOGICA**

- 10 Il 30 giugno 2010, a seguito di una consultazione pubblica, la ComReg ha rinnovato la designazione di Eircom come fornitore del servizio universale (in prosieguo: il «FSU») - per quanto riguarda la fornitura dell'accesso da postazioni fisse, per un periodo di due anni e per tutti gli altri aspetti degli obblighi di servizio universale (in prosieguo: gli «OSU») - dal 1° luglio 2010 al 30 giugno 2012. Le decisioni successive hanno rinnovato la designazione di Eircom per taluni aspetti del servizio universale e le condizioni e gli obblighi sono stati modificati alla luce delle condizioni di mercato. Eircom rimane ad oggi in Irlanda l'unico FSU per la fornitura dell'accesso da postazione fissa e del servizio vocale e di apparecchi telefonici pubblici a pagamento.
- 11 Il 31 maggio 2011, a seguito di diverse consultazioni pubbliche, la ComReg ha pubblicato la decisione 04/11, contenente una serie di decisioni numerate, che enunciano i principi e i metodi di calcolo dei costi e dei ricavi netti degli OSU, i principi e i metodi per calcolare gli altri vantaggi degli OSU, nonché il criterio che sarebbe stato applicato per determinare se sul FSU sia stato imposto un onere

eccessivo a causa del costo netto. I termini delle decisioni pertinenti che stabiliscono tale criterio sono esposti nell'allegato A.

- 12 Tra settembre 2014 e marzo 2016, Eircom ha presentato domande di finanziamento del costo netto degli OSU per ciascuno dei cinque anni dal 2010-2011 al 2014-2015, ai sensi della regola 11 del regolamento sul servizio universale.
- 13 Il 18 aprile 2019, a seguito di una consultazione pubblica relativa a ciascuna delle cinque domande, la ComReg ha pubblicato le sue cinque decisioni (in prosieguo: le «decisioni») secondo le quali il costo netto positivo sostenuto da Eircom nell'adempimento degli OSU in ciascuno degli anni dal 2010-2011 al 2014-2015 non costituiva in alcuno dei casi un onere eccessivo.
- 14 Il 15 maggio 2019 Eircom ha proposto ricorso contro le decisioni, deducendo che la ComReg aveva erroneamente dichiarato che su Eircom non gravavano oneri eccessivi.

## V. LE DECISIONI IMPUGNATE

- 15 La ComReg ha adottato una decisione distinta per ciascun anno in relazione al quale Eircom ha chiesto un finanziamento. Tali decisioni sono state pubblicate congiuntamente e, in ciascun caso, è stato deciso che il costo netto non costituiva un onere eccessivo per Eircom.
- 16 La ComReg ha calcolato che il costo netto sostenuto da Eircom per gli OSU nel quinquennio era in totale inferiore a EUR 43 milioni. Il costo netto positivo individuato dalla ComReg per ogni anno figura nell'allegato B.
- 17 Gli utili al lordo di interessi e imposte di Eircom per la sua attività relativa alla linea fissa nel quinquennio in esame erano pari a EUR 1 397 miliardi; le cifre per ciascun anno di riferimento sono esposte nell'allegato C.
- 18 Per ognuna delle decisioni, la ComReg si è basata su una «Relazione sull'onere eccessivo» fornita da Oxera, uno studio di consulenti economici, per l'anno considerato. La relazione di Oxera per l'anno 2014-2015 è acclusa come allegato D a titolo esemplificativo, insieme con la corrispondente decisione della ComReg di cui all'allegato E.
- 19 In ciascuna decisione è stato stabilito che esisteva un costo netto diretto verificabile e verificato; che i vantaggi degli OSU non superavano il costo netto (vale a dire che vi era un costo netto positivo); e che il costo netto positivo era significativo rispetto al costo amministrativo di un dispositivo di condivisione (soddisfacendo quindi le condizioni di cui ai punti i), ii) e iii), lettera a), della decisione 38, come esposte all'allegato A).

- 20 In ciascuna delle sue relazioni, Oxera ha concluso che la redditività e la capacità del FSU di percepire un tasso di rendimento equo sul suo capitale investito non erano state significativamente influenzate dal costo netto degli OSU nel corso del periodo considerato (valutazione che doveva essere effettuata ai sensi della decisione 40, di cui all'allegato A).
- 21 Il parametro di riferimento utilizzato da Oxera (e adottato dalla ComReg) per stabilire se Eircom percepisse o meno un tasso di rendimento equo è consistito nel confrontare la misura di rendimento del capitale investito (return on capital employed; in prosieguo: il «ROCE<sup>1</sup>») dei rendimenti finanziari di Eircom con un costo, regolamentato, medio ponderato del capitale (weighted average cost of capital; in prosieguo: il «WACC»), costo che era stato previamente determinato dalla ComReg. Nella relazione 2014-2015, ad esempio, è stato stabilito che il ROCE dell'attività relativa alla linea fissa (al dettaglio e all'ingrosso) di Eircom, incluso il costo netto, era dell'11,4%, mentre il WACC regolamentato consentito di Eircom risultava pari all'8,18% (e il ROCE dell'attività relativa alla linea fissa incluso il costo netto superava il WACC in ogni anno esaminato). Una tabella di tali cifre per ogni anno di valutazione figura nell'allegato F. Oxera ha altresì considerato indicatori supplementari (sebbene Eircom ritenga che Oxera non abbia dato rilevanza ai medesimi) relativi alla posizione finanziaria e alla situazione economica di Eircom, fra cui la quota di mercato determinata in base alle entrate detenuta da Eircom nel mercato della linea fissa, le variazioni nel tempo della redditività media per utente di Eircom e le variazioni nel tempo del numero di clienti di Eircom, quale «contesto più ampio» dell'analisi della redditività da essa svolta. Oxera ha concluso, per ogni anno di valutazione, che la redditività e la capacità di Eircom di percepire un tasso equo del ROCE non erano state pregiudicate in modo significativo dal costo netto degli OSU e, pertanto, che l'onere del costo netto nel periodo di applicazione non era eccessivo, tenuto conto della capacità della Eircom di sopportarlo.
- 22 Oxera ha dichiarato di non avere pertanto valutato, sulla base dell'analisi effettuata, se il costo netto pregiudicasse sostanzialmente la futura capacità di Eircom di competere a parità di condizioni con i concorrenti, ai sensi della decisione n. 41 (come esposto nell'allegato A).
- 23 La ComReg ne ha concluso che, per ogni anno di applicazione, la constatazione dell'assenza di effetti significativi sulla redditività e sulla capacità di Eircom di ottenere un tasso equo del ROCE dimostrava che il costo netto non aveva causato ad Eircom uno svantaggio competitivo significativo. La ComReg ha quindi ritenuto che non occorresse procedere all'analisi della distorsione della concorrenza di cui alla decisione n. 41 della decisione 04/11.

<sup>1</sup> Il ROCE è un parametro di redditività finanziaria basato sulla contabilità che considera il rapporto tra l'utile d'esercizio e il capitale impiegato investito in un'impresa.

- 24 Orbene, né la ComReg né Oxera hanno effettuato una qualsivoglia valutazione dei concorrenti di Eircom sul mercato. Sia le relazioni di Oxera sia le decisioni della ComReg sono incentrate sulle caratteristiche di Eircom.

## **VI. IL MERCATO DELLE TELECOMUNICAZIONI SU LINEA FISSA IN IRLANDA**

- 25 Le quote di mercato nazionali degli operatori del mercato della linea fissa in Irlanda per la maggior parte del periodo in questione, come risulta dall'analisi del mercato del 2015 effettuata dalla ComReg, sono indicate nell'allegato G: come ivi risulta, per la quota di mercato nazionale di Eircom (l'ex operatore storico monopolista) relativa all'abbonamento alla telefonia fissa, i valori sono scesi dal 74,5% (I trimestre 2010) al 47,2% (IV trimestre 2014); mentre, ad esempio, la Virgin ha aumentato la propria quota nazionale dal 5% al 21,7% nello stesso periodo. Nell'ambito di un'indagine relativa alle utenze domestiche effettuata nel 2013, l'analisi del mercato della ComReg del 2014 ha indicato che, a Dublino, la quota di mercato di Virgin era del 42 % contro il 44 % di Eircom.
- 26 Poiché Eircom è l'unica impresa designata che dispone di un significativo potere di mercato su un certo numero di mercati della linea fissa (all'ingrosso e al dettaglio), ragion per cui i suoi prezzi all'ingrosso e al dettaglio sono regolamentati, la stessa è l'unico soggetto del mercato al quale la ComReg ha applicato un WACC. L'importo del WACC regolamentato non è in discussione, ma lo è l'opportunità del suo utilizzo nella valutazione dell'onere eccessivo.
- 27 In particolare, il FSU è tenuto a soddisfare qualsiasi ragionevole richiesta di un membro del pubblico di essere collegato alla rete pubblica di comunicazioni da una postazione fissa a un prezzo nazionale unico deciso dal FSU (geographically averaged price, il prezzo medio su base geografica).
- 28 La maggior parte del costo netto degli OSU (oltre l'85 % nel periodo 2014-2015) risulterebbe dalla fornitura di servizi relativi agli OSU a utilizzatori non redditizi situati in regioni redditizie o a utilizzatori redditizi situati in regioni non redditizie.
- 29 Sebbene la rilevanza di tali questioni ai fini del ricorso sia contestata, è pacifico che, in linea di principio, una caratteristica di un mercato concorrenziale delle telecomunicazioni sia che anche i fornitori di servizi che non sono FSU beneficiano del fatto di avere clienti collegati alla rete che altrimenti rimarrebbero non serviti («esternalità positive»), o che una caratteristica riconosciuta di tali mercati concorrenziali è altresì che tutti i fornitori di servizi possono in teoria scegliere solo le soluzioni più vantaggiose («cherry-picking») nei centri geografici più redditizi.

## VII. PERTINENTI DISPOSIZIONI DI DIRITTO

- 30 All'epoca dei fatti, il quadro normativo dell'Unione per le comunicazioni elettroniche era costituito dalla direttiva quadro e da quattro direttive particolari, di cui la direttiva «servizio universale» è quella pertinente nell'ambito della presente impugnazione.
- 31 La direttiva quadro prevede che ciascuno Stato membro designi uno o più organismi competenti ad agire in qualità di autorità nazionale di regolamentazione e che tale organismo o tali organismi siano incaricati dell'adempimento degli obblighi di regolamentazione previsti dalla direttiva quadro stessa e da ciascuna delle direttive particolari. L'articolo 3, paragrafo 3, dispone che «[g]li Stati membri provvedono affinché le rispettive autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo imparziale e trasparente».
- 32 La ComReg, quale autorità di regolamentazione nel settore delle comunicazioni elettroniche in Irlanda, è l'autorità nazionale di regolamentazione ai sensi della direttiva quadro e delle direttive particolari.
- 33 Gli articoli 7 e 8 della direttiva quadro enunciano i principi che l'autorità nazionale di regolamentazione deve applicare, fra cui la non discriminazione, la salvaguardia della concorrenza, la proporzionalità e la trasparenza <sup>2</sup>.
- 34 Le seguenti disposizioni della direttiva «servizio universale» sono rilevanti per le questioni sorte nel presente procedimento che danno luogo alla richiesta delle parti di un rinvio ai sensi dell'articolo 267:
- l'articolo 1, che indica lo scopo e il carattere essenziale del servizio universale;
  - l'articolo 3, che impone agli Stati membri l'obbligo di garantire la disponibilità del servizio universale, nel rispetto di taluni principi determinati;
  - l'articolo 12, che definisce le azioni da intraprendere quando un'autorità nazionale di regolamentazione ritiene che su un FSU gravi un onere eccessivo;
  - l'articolo 13, il quale prevede che, qualora un'autorità nazionale di regolamentazione riscontri che un FSU sia soggetto ad un onere eccessivo, gli Stati membri possono, previa richiesta del FSU, o introdurre un dispositivo inteso a indennizzare il FSU per i costi netti così calcolati attingendo a fondi pubblici in condizioni di trasparenza, e/o ripartire il costo netto degli OSU tra i vari fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica presenti sul mercato;

<sup>2</sup> Sono pertinenti anche l'articolo 2, lettera g), l'articolo 3, paragrafo 1, e i considerando 1 e 36 della direttiva quadro.

- la parte A dell'allegato IV, che disciplina il corretto calcolo dei costi netti degli OSU <sup>3</sup>.

- 35 A livello nazionale, la regola 11 del regolamento sul servizio universale (S.I. [legge] 337/2011) <sup>4</sup> prevede che il FSU possa chiedere alla ComReg di stabilire che i costi netti degli OSU rappresentano un onere eccessivo.
- 36 La regola 12 prevede che, qualora la ComReg riscontri un onere eccessivo a carico del FSU, essa ripartisca il costo netto degli OSU tra i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

### VIII. C-389/08, BASE

- 37 Le parti dissentono sul significato delle conclusioni della Corte di giustizia nella causa C-389/08, Base, e sulla loro applicazione alla valutazione di un onere eccessivo qualora esista un solo FSU sul mercato e, più in generale, quanto al criterio corretto da applicare per determinare un onere eccessivo. Di conseguenza, occorre effettuare un rinvio alla Corte di giustizia per quanto riguarda, principalmente, l'applicazione, all'impugnazione di cui trattasi, della sentenza nella causa C-389/08, Base.
- 38 Il contesto fattuale del ricorso alla Corte in tale causa era un sistema normativo secondo il quale tutti gli operatori del mercato erano potenzialmente FSU se i loro clienti avevano diritto a tariffe sociali. La legislazione belga prevedeva che, quando le tariffe sociali totali accordate nel mercato da un operatore erano superiori, in proporzione, alla quota di mercato di tale operatore, quest'ultimo fosse indennizzato.
- 39 I costi netti, tuttavia, non erano calcolati con riferimento alle caratteristiche di ogni singolo operatore, ma erano basati sui costi di Belgacom, l'ex operatore storico.
- 40 Ai punti 42 e 43 la Corte di giustizia ha dichiarato quanto segue in merito al significato di «onere eccessivo» <sup>5</sup>:

«A tal riguardo, emerge dal ventunesimo 'considerando' della direttiva 2002/22 che il legislatore comunitario ha inteso collegare i meccanismi di recupero dei costi netti che la fornitura del servizio universale può

<sup>3</sup> Anche i considerando 2, 3, 4, 18, 21 e 23 sono pertinenti ai fini delle questioni del presente procedimento.

<sup>4</sup> European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 [regolamento delle Comunità europee del 2011] (reti e servizi di comunicazione elettronica) (servizio universale e diritti degli utenti)].

<sup>5</sup> Gli stessi principi sono enunciati nella causa Commissione/Belgio (C-222/08), relativa a una procedura di inadempimento avviata dalla Commissione.

comportare per un'impresa all'esistenza di un onere eccessivo in capo a detta impresa. In tale contesto, ritenendo che il costo netto del servizio universale non rappresenti necessariamente un onere eccessivo per tutte le imprese coinvolte, esso ha inteso escludere che qualsiasi costo netto di fornitura del servizio universale dia automaticamente diritto all'indennizzo. Ciò premesso, l'onere eccessivo di cui l'autorità nazionale di regolamentazione deve constatare l'esistenza prima di qualsiasi indennizzo è l'onere che, per ciascuna impresa coinvolta, presenta un carattere eccessivo con riferimento alla sua capacità a sopportarlo tenuto conto di tutte le sue caratteristiche specifiche, segnatamente del livello delle sue apparecchiature, della sua situazione economica e finanziaria nonché della sua quota di mercato.

Anche se, in assenza di precisazioni a tal riguardo nella direttiva 2002/22, spetta all'autorità nazionale di regolamentazione stabilire in modo generale e impersonale i criteri che consentono di determinare le soglie oltre le quali, tenuto conto delle caratteristiche menzionate al punto precedente, un onere può essere considerato eccessivo, resta il fatto che detta autorità può constatare che l'onere della fornitura del servizio universale è eccessivo, per l'applicazione dell'art. 13 di tale direttiva, solo a condizione di procedere all'esame particolare della situazione di ciascuna impresa coinvolta con riferimento a tali criteri».

- 41 È pacifico che tanto la ComReg quanto la High Court (Alta corte) irlandese sono tenute, in forza del principio di leale cooperazione, ad applicare le conclusioni della Corte di giustizia. Il punto sul quale le parti dissentono è la corretta interpretazione della sentenza nella causa C-389/08, Base, e la sua corretta applicazione alla situazione di fatto nel caso di specie.

## **IX. LE POSIZIONI DELLE PARTI SULLE QUESTIONI GIURIDICHE**

- 42 È pacifico tra le parti che la ComReg è obbligata per legge a determinare se il costo (al netto dei vantaggi) dell'adempimento degli OSU rappresenti un onere eccessivo per il FSU. Tuttavia, le parti dissentono sul significato delle conclusioni della Corte di giustizia nella causa C-389/08, Base, e sulla loro applicazione alla valutazione di un onere eccessivo qualora esista un solo FSU sul mercato e quanto al criterio corretto da applicare per determinare più in generale un onere eccessivo.

### ***Posizione di Eircom***

- 43 La posizione di Eircom, nella misura in cui si riferisce alle questioni che hanno dato luogo alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, è che:

- (i) Per determinare se gli OSU costituiscano un onere eccessivo su un mercato concorrenziale occorre un'analisi della concorrenza al fine di valutare se l'imposizione unilaterale del costo netto degli OSU a carico del FSU distorca la concorrenza, ponendo quest'ultimo in una situazione di svantaggio competitivo nei confronti dei suoi concorrenti sul mercato;
- (ii) La capacità relativa del FSU di sostenere il costo netto degli OSU dovrebbe essere valutata tenendo conto non solo delle caratteristiche specifiche di Eircom, ma anche di quelle dei suoi concorrenti. L'esperto economista indipendente incaricato da Eircom è del parere che, senza tale valutazione, sussista un rischio rilevante che si generi una situazione in cui tutti i fornitori di servizi di comunicazione si avvantaggino delle esternalità positive degli OSU, ma che solo il FSU ne sopporti i costi, pur non trovandosi in una situazione significativamente migliore per sopportarli, il che, per definizione, dovrebbe essere ritenuto eccessivo in quanto non vi è una giustificazione oggettiva per tale disparità di trattamento;
- (iii) I riferimenti, nella sentenza nella causa C-389/08, Base, alla necessità di esaminare le caratteristiche specifiche di un FSU devono essere presi in considerazione nel contesto fattuale di tale causa, in cui esistevano più FSU e il comportamento illegittimo dell'autorità nazionale di regolamentazione era consistito nel trattare in modo generico il potenziale onere eccessivo imposto a ciascuno di tali FSU. Le osservazioni della Corte di giustizia devono essere esaminate in tale ottica, piuttosto che come un ordine di prendere in considerazione le caratteristiche di una sola impresa su un mercato concorrenziale;
- (iv) Inoltre, le caratteristiche da prendere in considerazione a norma del criterio indicato nella sentenza nella causa C-389/08, Base, quali il livello delle apparecchiature e la quota di mercato, consistono in condizioni essenzialmente comparative e la loro pertinenza può essere solo il vantaggio o svantaggio per il FSU nei confronti dei suoi concorrenti;
- (v) Le constatazioni contenute nella sentenza nella causa C-389/08, Base, devono essere inoltre intese nel contesto degli obblighi vincolanti che incombono alle autorità nazionali di regolamentazione nella direttiva quadro e nella direttiva «servizio universale», nonché alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione. Dai termini della direttiva quadro e della direttiva «servizio universale» nonché dai principi generali del diritto dell'Unione risulta che la minimizzazione delle distorsioni della concorrenza è un obbligo vincolante imposto alla ComReg in quanto autorità nazionale di regolamentazione;
- (iv) La fissazione da parte della ComReg di una soglia molto elevata da raggiungere prima di riscontrare un «effetto significativo» sulla redditività e/o sulla capacità di ottenere un tasso equo di rendimento del capitale, e prima di poter procedere a qualsiasi valutazione volta a determinare se un

- onere comporti o meno uno svantaggio concorrenziale per il FSU, viola gli obblighi incombenti alla ComReg in quanto autorità nazionale di regolamentazione in forza delle direttive quadro e «servizio universale»;
- (vii) Il metodo per determinare se il costo netto degli OSU abbia posto il FSU in una situazione concorrenziale svantaggiosa valutando se, nel corso dell'anno di riferimento, il ROCE del FSU abbia superato il suo WACC, è errato. L'approccio della ComReg si limita ad esaminare se il FSU abbia potuto o meno assorbire il costo senza che il suo ROCE sia diminuito al livello del suo WACC. Inoltre, la soglia riguarda il ROCE dell'intera attività di Eircom relativa alla linea fissa sia al dettaglio sia all'ingrosso, e non quello della sua attività relativa agli OSU (che è solo attività al dettaglio);
- (viii) Imporre a un'impresa in un mercato concorrenziale un obbligo unilaterale di finanziare un servizio universale semplicemente sulla base del fatto che l'autorità nazionale di regolamentazione ritiene che l'impresa sia in grado di sostenerlo a breve e medio termine non potrebbe mai costituire una giustificazione oggettiva a tal fine. Il fatto che il FSU abbia un ROCE superiore al suo WACC non dimostra, senza ulteriori informazioni, che il FSU sia in grado di assorbire il costo senza che ciò comporti un impatto negativo sulla sua posizione concorrenziale sul mercato. Ciò non rivela nulla sul potere di mercato del FSU o sulla forza dei suoi concorrenti e costituisce un indicatore poco affidabile delle condizioni di mercato e dell'effetto degli OSU sulla concorrenza;
- (ix) Il ROCE di ciascuno dei soggetti del mercato per il periodo di riferimento, come calcolato dall'esperto economista di Eircom, figura nell'allegato H. L'esperto economista indipendente incaricato da Eircom ritiene che tali cifre dimostrino che il ROCE medio di Eircom nel periodo 2010-2015 è il più basso tra tutti gli operatori oggetto dell'analisi;
- (x) L'impiego del WACC determinato dalla ComReg nei confronti di Eircom non è un parametro adeguato: l'esperto economista indipendente dimostra che in molti settori le aziende ottengono un tasso di rendimento superiore al WACC, e ogni operatore di questo mercato ha livelli di redditività ben superiori al WACC applicato a Eircom. L'OSU, che è un obbligo legislativo inteso a garantire agli utenti l'accesso a una serie di servizi di comunicazione di base a prezzi accessibili, non ha lo scopo di ridurre i profitti del FSU in un ambiente concorrenziale. Imporre unilateralmente il costo dell'OSU a un FSU, nonostante il fatto che ciò metta il FSU in una situazione di svantaggio concorrenziale, e indipendentemente dal fatto che i suoi principali concorrenti non siano stati oggetto di misure dirette a ridurre i loro utili a un livello simile, è contrario agli obiettivi delle direttive quadro e «servizio universale», consistenti nel garantire la proporzionalità e nell'evitare discriminazioni e distorsioni della concorrenza;

- (xi) Secondo le prove fornite dall'esperto economista di Eircom e non contraddette dall'esperto economista esperto della ComReg, durante il periodo 2010-2011, il costo netto avrebbe dovuto essere pari a EUR 244 milioni per soddisfare tale criterio (che rappresenta il 62% degli utili al lordo di interessi e imposte) e, nel corso degli anni per i quali il finanziamento è stato richiesto, la somma più bassa che avrebbe soddisfatto tale criterio in uno degli anni sarebbe stata un costo netto di EUR 51 milioni (che rappresenta il 23% degli utili al lordo di interessi e imposte);
- (xii) Il criterio adottato dalla ComReg nelle sue decisioni comporterebbe che l'onere eccessivo sorga solo quando il ROCE di Eircom per l'intera attività relativa alla linea fissa sia diminuito a un punto tale che, se tale situazione dovesse protrarsi, come dimostrato dall'esperto in economia, Eircom inizierebbe ad avere problemi a raccogliere nuovi capitali. Ciò è incompatibile con il sistema normativo che mira a promuovere una concorrenza effettiva;
- (xiii) Nella misura in cui le conclusioni della sentenza nella causa C-389/08, Base, sono pertinenti per i mercati con un solo FSU, ne consegue che l'autorità nazionale di regolamentazione deve, in primo luogo, procedere a una valutazione individuale dei costi netti reali di un FSU senza applicare ipotesi generiche quanto al rapporto tra un costo netto positivo e un onere eccessivo, ma deve, in un secondo momento, adempiere il suo obbligo vincolante ai sensi della direttiva «servizio universale» consistente nel determinare se esista o meno un onere eccessivo nel contesto fattuale complessivo del mercato in cui sta operando il FSU; e
- (xiv) La redditività di Eircom e la sua capacità di percepire un tasso di rendimento equo sono significativamente influenzate dal costo netto del FSU, perché esso impone a Eircom un ulteriore costo che i suoi concorrenti non sostengono, senza che Eircom disponga di alcun vantaggio compensativo (come un potere di mercato quasi monopolistico nel mercato al dettaglio) che controbilanci lo svantaggio costituito dall'onere del costo ulteriore. L'esistenza di un «effetto significativo» sulla redditività e/o sulla capacità di ottenere un tasso di rendimento equo non può essere determinata da una soglia di redditività, poiché in tal modo restano escluse le considerazioni relative alla distorsione della concorrenza e alla giustificazione oggettiva.

### ***Posizione della ComReg***

- 44 La posizione della ComReg, nella misura in cui è pertinente per le questioni che hanno dato luogo alla presente richiesta di rinvio ai sensi dell'articolo 267, è che:
- (i) La conseguenza delle constatazioni contenute nella citata sentenza nella causa C-389/08, Base, sarebbe che occorre concentrarsi sulla capacità del FSU di sostenere il costo netto tenuto conto delle specifiche caratteristiche del FSU stesso. Il criterio prevede un'analisi unilaterale della capacità

- individuale di un'entità di sopportare l'onere, e non un'analisi di tutti i concorrenti sul mercato e delle loro rispettive capacità di sopportare il costo netto;
- (ii) La direttiva «servizio universale» non solo consente alle autorità nazionali di regolamentazione di stabilire criteri generali e oggettivi che consentano di determinare se un onere possa essere considerato eccessivo, ma, alla luce della sentenza nella causa C-389/08, Base, impone inequivocabilmente alle autorità nazionali di regolamentazione di farlo. Tali criteri non sono fissati dalla direttiva o dalla Corte di giustizia, ma devono essere decisi da ciascuna autorità nazionale di regolamentazione. Non sorprende quindi che ciascuno Stato membro abbia adottato i propri criteri e che questi varino a seconda degli Stati membri;
  - (iii) Il criterio esposto nella sentenza di cui alla causa C-389/08, Base, ha lo scopo di determinare se il costo netto sia eccessivo rispetto alla capacità del FSU di sopportarlo, alla luce di criteri definiti che si incentrano sulle caratteristiche del FSU;
  - (iv) Dato il criterio esposto nella sentenza nella causa C-389/08, Base, la redditività è una variabile fondamentale per determinare la capacità di Eircom di sopportare il costo netto;
  - (v) La ComReg fa valere che la redditività e la capacità di Eircom di percepire un tasso equo del ROCE sono misura della sua situazione finanziaria e che esse sono correttamente utilizzate per valutare la sua capacità di sopportare l'onere del costo netto. La ComReg sostiene che il WACC consentito dalla normativa è un criterio di riferimento concorrenziale del livello di rendimento, appropriato ai fini della valutazione. Il WACC è comunemente utilizzato dagli enti e dalle autorità di regolamentazione nei casi di concorrenza come misura del livello minimo del rendimento che gli investitori (vale a dire i titolari di fondi propri e i finanziatori) potrebbero aspettarsi dall'investimento in un'impresa. Il WACC rappresenta il costo-opportunità di un investitore che si assume il rischio di investire in una società o, in altri termini, il rendimento che un investitore richiederebbe quale livello minimo per investire;
  - (vi) Le relazioni Oxera e le decisioni della ComReg si sono concentrate sulle caratteristiche di Eircom e sulla capacità della stessa di sopportare il costo netto e hanno concluso che quest'ultimo non era eccessivo tenuto conto della capacità di Eircom di sopportarlo, conformemente a tale criterio;
  - (vii) La capacità di un ente di finanziare in modo incrociato con i profitti realizzati è rilevante ai fini della capacità di sostenere i costi netti degli OSU e il finanziamento incrociato in quanto principio è sotteso al ragionamento della sentenza nella causa C-389/08, Base;

- (viii) Eircom sottolinea come sia eccessivo per essa dover sostenere un onere di EUR 45 milioni su cinque anni, ignorando che nel corso dello stesso periodo l'EBIT (Earnings before interest and taxes, utili al lordo di interessi e imposte) di Eircom era pari a EUR 1 397 miliardi. Ciò è degno di rilevanza, dato che la valutazione dell'onere eccessivo ha ad oggetto la capacità del FSU di sopportare il costo netto;
- (ix) L'aspetto fondamentale è che Eircom non fornisce la prova che la sua redditività e la sua capacità di percepire un tasso equo del ROCE siano state sostanzialmente compromesse dal costo netto degli OSU. Eircom non afferma neppure che il costo netto degli OSU stia provocando una carenza di redditività (poiché non vi è carenza di redditività) né, soprattutto, un'incapacità di sostenere il costo. Il livello assoluto degli utili e l'analisi ROCE contro WACC dimostrano che il costo netto non ha avuto un effetto significativo sulla redditività di Eircom. Considerando il periodo 2010-2011 come esempio, pur operando in un ambiente concorrenziale, l'EBIT di Eircom ammontava a EUR 388 milioni, laddove tale società sopportava allo stesso tempo il costo netto positivo per tale anno di EUR 7,5 milioni;
- (x) La sentenza nella causa Base, C-389/08, non afferma né sostiene in alcun luogo la tesi secondo cui la ComReg deve effettuare una valutazione dei concorrenti del FSU, dei loro profitti, della loro quota di mercato e del vantaggio che essi ottengono dagli OSU. In nessun passaggio della sentenza nella causa C-389/08, Base, si suggerisce di effettuare un siffatto tipo di analisi di mercato, né che si debba procedere ad un qualsiasi confronto tra Eircom e i suoi concorrenti, prima di stabilire se Eircom possa sostenere l'onere del costo netto;
- (xi) La ComReg sostiene che le quote di mercato dei concorrenti e i loro trend di sviluppo (invocati da Eircom) non sono indicativi, e ancor meno determinanti, della capacità di Eircom di sopportare il costo netto. Per quanto riguarda il ROCE degli altri soggetti del mercato descritto da Eircom nell'allegato H, la ComReg sostiene che tale analisi del ROCE presenta dati incostanti e contraddittori sulla redditività dei concorrenti e, in ogni caso, è irrilevante ai fini della valutazione;
- (xii) Se una valutazione della natura eccessiva dell'onere avesse richiesto una siffatta analisi di mercato, ci si poteva ragionevolmente attendere che quest'ultima fosse indicata nella direttiva quadro o nella direttiva «servizio universale» in termini simili o analoghi, o la Corte avrebbe potuto pronunciarsi in tal senso nella sentenza nella causa C-389/08, Base, mentre così non è stato;
- (xiii) Il metodo della ComReg tiene conto della situazione concorrenziale sul mercato, poiché, quando è accertato che un costo netto positivo incide in modo significativo sulla redditività di un FSU, la ComReg valuterà se un tale costo netto pregiudichi sostanzialmente o meno la capacità di un FSU di

competere a parità di condizioni con i futuri concorrenti. Inoltre, nell'ambito dell'analisi della decisione 40, la ComReg e Oxera hanno effettivamente considerato aspetti del mercato come contesto più ampio per la valutazione della redditività (compresi i prezzi praticati da Eircom e la sua quota di mercato nel settore della linea fissa), come risulta, ad esempio, dalla tabella 5.1 e dalla conclusione delle relazioni Oxera allegate a ciascuna delle decisioni, di cui un esempio per il periodo 2014-2015 figura nell'allegato D;

- (xiv) La redditività è un importante indice dell'ambiente concorrenziale e l'esito di una valutazione della redditività non è estraneo a considerazioni concorrenziali;
- (xv) L'oggetto del presente ricorso è il costo netto degli OSU - l'impatto di una somma pecuniaria - e non altri requisiti qualitativi degli OSU che potrebbero avere effetti sulla concorrenza, come il prezzo medio su base geografica;
- (xvi) La Corte di giustizia, pronunciandosi nella causa C-389/08, Base, quando ha stabilito il criterio appropriato per determinare l'esistenza di un onere eccessivo, aveva indubbiamente presenti i requisiti di non discriminazione, di proporzionalità e di minimizzazione delle distorsioni del mercato, nonché lo scostamento dalle condizioni di mercato che il FSU avrebbe potuto comportare.
- (xvii) L'esperto economista incaricato dalla ComReg è convinto che il confronto tra il ROCE e il WACC sia idoneo come parte della valutazione della situazione economica e finanziaria di un FSU.

## **X. MOTIVAZIONE DELLA DOMANDA DI PRONUNCIA PREGIUDIZIALE**

- 45 Le parti dissentono sul senso delle conclusioni della Corte di giustizia nella causa C-389/08, Base, e sulla loro applicazione alla valutazione di un onere eccessivo qualora esista un solo FSU sul mercato e, più in generale, quanto al criterio corretto da applicare per determinare un onere eccessivo.
- 46 La decisione nella causa C-389/08, Base, non affronta una situazione in cui vi sono più fornitori di servizi di telecomunicazione nel mercato rilevante ma un solo FSU. Una situazione del genere si presenta in Irlanda. Per risolvere le questioni di cui al procedimento principale, sono necessarie indicazioni da parte della Corte di giustizia. Inoltre, è probabile che siffatte indicazioni interessino i giudici di altri Stati membri; è improbabile che l'Irlanda sia l'unico Stato membro con un mercato liberalizzato delle telecomunicazioni in cui potrebbe sorgere tale questione.

## XI. QUESTIONE PREGIUDIZIALE:

In circostanze nelle quali:

- (i) il mercato delle telecomunicazioni è stato liberalizzato ed esiste una pluralità di fornitori di servizi di telecomunicazione operanti sul mercato;
- (ii) l'autorità nazionale di regolamentazione (in prosieguo: la «ANR») ha selezionato un fornitore di servizi (in prosieguo: il «fornitore del servizio universale») per eseguire gli obblighi del servizio universale;
- (iii) l'ANR ha stabilito che esiste un costo netto positivo connesso all'esecuzione degli obblighi del servizio universale (in prosieguo: il «costo netto degli obblighi del servizio universale»); e
- (iv) l'ANR ha accertato che il costo netto degli obblighi del servizio universale è significativo rispetto ai costi amministrativi connessi all'istituzione di un meccanismo di condivisione del costo netto degli OSU tra gli operatori del mercato;

se l'ANR è tenuta, in conformità agli obblighi posti a suo carico in virtù della direttiva “servizio universale” 2002/22, a valutare se il costo netto degli obblighi del servizio universale sia eccessivo con riferimento alla capacità del fornitore del servizio universale a sopportarlo, tenuto conto di tutte le caratteristiche specifiche di detto fornitore, segnatamente del livello delle sue apparecchiature, della sua situazione economica e finanziaria nonché della sua quota di mercato (di cui al punto 42 della sentenza nella causa «Base»), se sia ammissibile, ai sensi delle direttive, che l'ANR effettui tale valutazione prendendo in considerazione esclusivamente le caratteristiche/situazione del fornitore del servizio universale, oppure sia tenuta a valutare le caratteristiche/situazione di quest'ultimo rispetto ai suoi concorrenti sul mercato di riferimento.