

Causa C-329/21**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

26 maggio 2021

Giudice del rinvio:

Fővárosi Törvényszék (Corte di Budapest-Capitale, Ungheria)

Data della decisione di rinvio:

18 maggio 2021

Ricorrente:

DIGI Communications NV

Resistente:

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (Ufficio dell'autorità nazionale per i media e le comunicazioni, Ungheria)

Oggetto del procedimento principale

Ricorso giurisdizionale amministrativo in materia di comunicazioni

Oggetto e fondamento giuridico della domanda di pronuncia pregiudiziale

Nel procedimento principale, la questione preliminare che si pone è se la ricorrente possa avvalersi del diritto di ricorso previsto all'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2002/21/CE contro la decisione che dichiara l'esito della procedura d'asta laddove non sia destinataria di tale decisione. La domanda è diretta a stabilire se la ricorrente sia una concorrente dei destinatari o un'impresa interessata dalla decisione.

Il fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale è l'articolo 267 TFUE.

Questioni pregiudiziali

«1)

1.1 Se possa considerarsi concorrente delle imprese destinatarie di una decisione dell'autorità nazionale di regolamentazione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della 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), un'impresa registrata e operante in un altro Stato membro, che non fornisce essa stessa servizi di comunicazione elettronica sul mercato cui si riferisce la decisione, laddove un'impresa sotto il suo diretto controllo è presente nel mercato rilevante come fornitore di servizi e compete su tale mercato con le imprese destinatarie della decisione.

1.2 Se, ai fini della soluzione della questione 1.1, sia necessario esaminare se la società madre che intende proporre il ricorso formi un'unità economica con l'impresa da essa controllata e presente come concorrente nel mercato rilevante.

2)

2.1 Se una procedura d'asta condotta da un'autorità nazionale di regolamentazione ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro e dell'articolo 7 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), avente ad oggetto i diritti d'uso delle frequenze a sostegno dell'installazione della rete 5G e relativi a servizi aggiuntivi a banda larga senza fili, sia una procedura a tutela della concorrenza. Se, inoltre, la decisione dell'autorità nazionale di regolamentazione che dichiara l'esito di tale procedura d'asta debba essere interpretata come avente la finalità di tutelare la concorrenza in tal senso.

2.2 In caso di risposta affermativa della Corte di giustizia alla questione sub 2.1, se incida sulla finalità di tutela della concorrenza della decisione il fatto che l'autorità nazionale di regolamentazione abbia rifiutato, con decisione definitiva contenuta in un distinto provvedimento, l'iscrizione dell'offerta dell'impresa che presenta un ricorso giurisdizionale, circostanza a seguito della quale quest'ultima non ha potuto partecipare alla procedura d'asta e, pertanto, non era destinataria della decisione che ha determinato l'esito del procedimento.

3)

3.1 Se l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, debba essere interpretato nel senso che conferisce un diritto di ricorso contro una decisione di un'autorità nazionale di regolamentazione a un'impresa:

a) sulla cui posizione nel mercato la decisione incide direttamente ed effettivamente; oppure

- b) in relazione alla quale si dimostri che sulla sua posizione nel mercato potrebbe incidere, con elevato grado di probabilità, la decisione; o
- c) sulla cui posizione nel mercato la decisione può incidere direttamente o indirettamente;

3.2 Se l'incidenza cui fa riferimento la questione 3.1 sia di per sé dimostrata dal fatto che l'impresa ha presentato un'offerta nella procedura d'asta, vale a dire che essa intendeva partecipare alla procedura d'asta ma non vi è riuscita perché non soddisfaceva i requisiti, o se il giudice possa legittimamente esigere che essa inoltre dimostri tale incidenza fornendo le relative prove.

4) Se, alla luce delle risposte fornite alle questioni dalla prima alla terza, l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, debba essere interpretato nel senso che riveste la qualità di impresa che fornisce servizi di comunicazione elettronica, interessata dalla decisione dell'autorità nazionale di regolamentazione che dichiara il risultato di una procedura d'asta dei diritti di frequenze a sostegno dell'installazione della rete 5G e relativi ai servizi aggiuntivi a banda larga senza fili, e che ha quindi diritto di ricorso, un'impresa:

- che non esercita un'attività economica di prestazione di servizi nel mercato rilevante, sebbene un'impresa sotto il suo controllo diretto fornisca servizi di comunicazione elettronica su tale medesimo mercato, e
- alla quale l'iscrizione alla procedura d'asta è stata rifiutata con un provvedimento definitivo dell'autorità nazionale di regolamentazione prima dell'adozione della decisione che dichiara l'esito della procedura d'asta contestata, che l'ha esclusa dalla successiva partecipazione alla procedura d'asta».

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

- Articolo 4, paragrafo 1, e articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro).
- Articolo 7 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni).
- Articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Disposizioni nazionali pertinenti

Legge I del 2017 sulla giurisdizione amministrativa

«Articolo 17 È legittimata ad agire

- a) la persona il cui diritto o il cui legittimo interesse è direttamente interessato dall'attività amministrativa».

«Articolo 88 [rigetto del ricorso]

(1) Il giudice respinge il ricorso se

(...)

- b) non può essere accertata alcuna lesione diretta di un diritto o di un interesse legittimo del ricorrente».

Giurisprudenza citata

- Sentenza del 21 febbraio 2008, *Tele2 Telecommunication* (C-426/05, EU:C:2008:103).
- Sentenza del 24 aprile 2018, *Arcor* (C-55/06, EU:C:2008:244).
- Sentenza del 22 gennaio 2015, *T-Mobile Austria* (C-282/13, EU:C:2015:24).
- Sentenza del 19 maggio 2009, *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317).
- Sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324).
- Sentenza del 21 dicembre 2016, *Akzo Nobel e Akzo Nobel Chemicals/Commissione* (C-516/15 P, EU:C:2016:1004).

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 Il 18 luglio 2019 la Nemzeti Médias Hírközlési Hatóság (autorità nazionale dei media e delle comunicazioni; in prosieguo: l'«autorità») ha indetto una procedura d'asta per i diritti di utilizzo delle frequenze a sostegno dell'installazione della rete 5G e riguardante servizi aggiuntivi di banda larga senza fili (in prosieguo: la «procedura d'asta») e ha pubblicato la documentazione contenente il relativo disciplinare (in prosieguo: la «documentazione»).
- 2 La DIGI Communications NV (in prosieguo: «la ricorrente») è una società holding iscritta nei Paesi Bassi che non è registrata in Ungheria come fornitore di servizi di comunicazione elettronica. La ricorrente si è candidata a partecipare alla procedura d'asta, ma la sua candidatura è stata formalmente dichiarata invalida dall'autorità in quanto la ricorrente aveva abusato del suo diritto di partecipare alla procedura d'asta, si era resa colpevole di un comportamento volto ad eludere la procedura e aveva tentato di ingannare l'autorità. L'autorità ha ritenuto che la

ricorrente avesse presentato la propria candidatura solo perché, nel caso in cui la DIGI Távközlési és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság (in prosieguo: la «DIGI Kft.»), una società da essa controllata, registrata in Ungheria e che fornisce servizi di comunicazione elettronica in tale paese, avesse presentato la propria candidatura, le sarebbe stata applicata la norma di esclusione contenuta nella documentazione. Per tale motivo, l'autorità ha rifiutato l'iscrizione della ricorrente all'asta con provvedimento definitivo e ha concluso che la stessa aveva perso la sua qualità di parte nella procedura d'asta. La ricorrente ha contestato tale decisione in giudizio, ma il suo ricorso è stato respinto in primo grado dal giudice del rinvio e, in secondo grado, in via definitiva, dalla Kúria (Corte suprema).

- 3 Con ricorso di annullamento avverso la decisione dell'autorità che dichiarava l'esito della procedura d'asta, la ricorrente ha avviato un procedimento giurisdizionale amministrativo dinanzi al giudice del rinvio, che costituisce il procedimento principale.

Principali argomenti delle parti nel procedimento principale

- 4 La ricorrente sostiene che, conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro, è legittimata a proporre ricorso avverso la decisione che dichiara l'esito della procedura d'asta. Ritiene di essere un concorrente effettivo delle imprese che hanno acquisito i diritti d'uso delle frequenze nella procedura d'asta, poiché, da un lato, appartiene a un gruppo di imprese, insieme alla DIGI Kft, presente sul mercato come fornitore di servizi e, dall'altro, ha voluto partecipare alla procedura d'asta come concorrente potenziale, partecipazione cui ha diritto in virtù del principio fondamentale della libera prestazione di servizi. In ogni caso, a suo parere, lo status di concorrente non sarebbe una condizione per il riconoscimento della qualità di persona interessata, dato che a tal fine sarebbe sufficiente che la sua posizione sul mercato fosse potenzialmente interessata dalla decisione dell'autorità. Il suo interesse economico diretto e legittimo sarebbe interessato poiché l'autorità ha impedito la sua partecipazione all'asta sulla base di una documentazione illegale e di una procedura illegittima. Essa nega di essere tenuta a fornire la prova che tale interesse sia stato leso, dato che il pagamento della tassa di iscrizione e la presentazione della sua offerta dimostrano la sua reale intenzione di ottenere le frequenze. A suo avviso, l'aver rifiutato la sua iscrizione e la mancanza della qualità di parte le hanno reso del tutto impossibile esercitare il proprio diritto a un ricorso effettivo. Non avendo la qualità di parte, essa perderebbe anche il suo diritto di ricorso contro la decisione di concludere la procedura d'asta, dal momento che, a suo avviso, la documentazione potrebbe essere impugnata in via giudiziaria solo unitamente alla decisione che dichiara completata la procedura.
- 5 L'autorità contesta la legittimazione ad agire della ricorrente in quanto la sua qualità di parte sarebbe cessata al momento dell'esclusione dalla procedura d'asta, cosicché la decisione e la sentenza nel procedimento principale non potrebbero incidere sulla sua situazione giuridica. Sottolinea che la dichiarazione della

ricorrente secondo cui essa non ha piani concreti di ingresso nel mercato ungherese la esclude parimenti dall'essere una concorrente. Inoltre, risulta da documenti pubblici che la ricorrente non è neppure presente nel mercato dei servizi nello Stato membro in cui è stabilita. A suo avviso, la posizione nel mercato di DIGI Kft. non può essere oggetto di una valutazione al riguardo.

Breve esposizione dei motivi della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 6 Poiché la direttiva quadro non definisce la nozione di «persona interessata», occorre esaminarla alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. Nelle sentenze *Tele2 Telecommunication*, *Arcor* e *T-Mobile Austria*, la Corte ha esaminato tre condizioni al fine di stabilire se un'impresa sia interessata ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro e se goda di un diritto di ricorso avverso la decisione controversa nella rispettiva causa.
- 7 Queste tre condizioni, che richiedono un'interpretazione aggiuntiva nell'ambito del procedimento dinanzi al giudice del rinvio, sono anzitutto che l'impresa in questione sia un'impresa che fornisce reti o servizi di comunicazione elettronica concorrente dell'impresa o delle imprese destinatarie della decisione dell'autorità; in secondo luogo, che l'autorità nazionale di regolamentazione abbia adottato la decisione nell'ambito di un procedimento avente come obiettivo la tutela della concorrenza e, in terzo luogo, che la decisione di cui trattasi incida o possa incidere sulla posizione della prima impresa sul mercato.
- 8 La prima questione pregiudiziale è volta ad accertare se la qualità di concorrente sia dimostrata in una situazione in cui un altro membro del gruppo di società controllato dall'impresa che intende proporre il ricorso esercita l'attività di fornitore di servizi di comunicazione elettronica sul mercato rilevante, ma la ricorrente stessa non esercita tale attività e dispone solo di un'infrastruttura grazie alla sua società figlia ungherese.
- 9 Si pone inoltre la questione se, per determinare la sua qualità di concorrente, sia necessario esaminare in quale misura la ricorrente e l'impresa sotto il suo controllo formino un'unità economica. Il principio enunciato al punto 31 della sentenza *Assitur* della Corte di giustizia, secondo cui i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, nonché i criteri di esame enunciati ai punti da 27 a 29 della sentenza della Corte *Specializuotas transportas*, possono essere pertinenti per analogia al fine di determinare la natura del rapporto effettivo, economico e di controllo, tra la ricorrente e la DIGI Kft.
- 10 Secondo il giudice del rinvio, dal momento che le cause in materia di diritto della concorrenza dell'Unione riportate negli argomenti della ricorrente - che riguardano accordi restrittivi della concorrenza - riguardano l'imputabilità della responsabilità, esse non possono servire da fondamento per affermare in termini generali che, sebbene, dal punto di vista giuridico, un gruppo sia composto da

diverse persone giuridiche distinte, esso può essere considerato un'unica «impresa» ai sensi del diritto della concorrenza.

- 11 Per contro, l'obiettivo dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro, vale a dire garantire i diritti dell'impresa interessata da una decisione dell'autorità nazionale di regolamentazione, deve essere inteso nel senso che esso si riferisce al mercato interessato dalla decisione, senza estendersi a tutto il raggruppamento di imprese. Spetta alla Corte di giustizia decidere se, affinché un'impresa possa essere considerata concorrente ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro, debba essere presente direttamente sul mercato o se sia sufficiente che sia indirettamente presente tramite una società figlia.
- 12 Il giudice del rinvio si chiede altresì se il mero fatto che la ricorrente abbia presentato un'offerta durante la procedura d'asta sia sufficiente a dimostrare l'effettività della sua intenzione di entrare nel mercato. Dato che la DIGI Kft. è presente nel mercato come fornitore di servizi e ha fatto investimenti per lanciare servizi 5G, non sarebbe un comportamento di mercato ragionevole per la ricorrente voler entrare nel mercato dei fornitori di servizi come concorrente della propria società figlia, con gli alti costi di investimento che ciò comporta.
- 13 Alla luce dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva quadro e dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), della direttiva autorizzazioni, il giudice del rinvio ritiene che una procedura di gara indetta ai fini dell'aggiudicazione del diritto di uso delle frequenze, quale la procedura d'asta di cui trattasi nel procedimento principale, soddisfi il requisito secondo cui l'autorità nazionale di regolamentazione deve aver adottato la decisione nell'ambito di un procedimento a tutela della concorrenza. Poiché la procedura d'asta di cui trattasi nel procedimento principale è una procedura di gara in merito alla quale la Corte di giustizia non ha ancora interpretato l'articolo 4 della direttiva quadro, è necessario che la Corte di giustizia risponda alla seconda questione pregiudiziale. Inoltre, il procedimento principale deve essere esaminato anche dal punto di vista dell'adeguatezza della decisione dell'autorità a raggiungere l'obiettivo di tutela della concorrenza per quanto riguarda la ricorrente.
- 14 Nell'ambito dell'analisi della precedente giurisprudenza della Corte (sentenze Tele2 Telecommunication, Arcor e T-Mobile Austria), non risulta chiaramente se una potenziale incidenza sulla posizione di un'impresa nel mercato sia sufficiente per qualificarla come impresa interessata ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro o se occorra esaminare le particolarità del caso di specie, compresi gli effetti concreti della decisione sulla posizione nel mercato dell'impresa che intende contestarla e la probabilità del loro verificarsi. Con la terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede alla Corte di giustizia indicazioni circa il livello probatorio che esso può pretendere dalla ricorrente affinché questa dimostri l'effetto della decisione sulla sua posizione nel mercato, al fine di sostanziare la sua legittimazione ad agire.

- 15 Nella sentenza *Tele2 Telecommunication*, la Corte ha precisato che i diritti delle parti del procedimento amministrativo non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva quadro. Ne consegue che l'esistenza o l'estinzione del diritto della ricorrente di essere parte del procedimento amministrativo non è pertinente per le questioni sollevate nell'ambito del presente procedimento di rinvio pregiudiziale.
- 16 Per quanto riguarda la quarta questione, il giudice del rinvio ritiene che il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali possa essere violato altresì dal fatto che gli operatori possano, anche abusivamente, ostacolare o impedire l'esecuzione delle decisioni dell'autorità mediante la proposizione di azioni giudiziarie per le quali non abbiano alcun reale interesse giuridico diretto, pregiudicando così precisamente l'efficacia di una concorrenza leale sul mercato. Alla luce di quanto precede, l'interpretazione della Corte di giustizia è necessaria per determinare come possa essere applicato nel modo più efficace possibile l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva quadro alla luce del diritto a un ricorso effettivo garantito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, bilanciando gli interessi di tutte le parti, sia dei destinatari della decisione sia dell'impresa che intende esercitare il suo diritto di ricorso.