Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MACIEJ SZPUNAR
presentate il 28 maggio 2020 [1]

Causa C-49/19

Commissione europea
contro

Repubblica portoghese

«Inadempimento di uno Stato – Direttiva 2002/22/CE – Comunicazioni elettroniche – Finanziamento degli obblighi di servizio universale – Meccanismo di ripartizione – Principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità»

I. Introduzione

1. La direttiva 2002/22/CE [2] mira ad «istituire un quadro normativo armonizzato che garantisca la prestazione di un servizio universale, ossia di un insieme minimo definito di servizi a tutti gli utenti finali a prezzo abbordabile» [3], e riflette l'importanza dell'accesso di tutti a determinati servizi essenziali in materia di telecomunicazioni. Gli obblighi di servizio universale istituiti da tale direttiva sono in tal senso intesi ad ovviare a taluni effetti negativi che la liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni potrebbe comportare in talune zone geografiche o per talune persone nell'Unione europea, le quali si vedrebbero altrimenti private dell'accesso a servizi indispensabili [4].

2. Al fine di assicurare la fornitura di tali servizi essenziali, gli Stati membri possono incaricare una o più imprese della fornitura del servizio universale. Tuttavia, in talune circostanze, siffatti obblighi di servizio universale possono essere assunti solo in perdita dalle imprese che ne sono incaricate oppure ad un costo netto superiore alle normali condizioni commerciali [5]. In una situazione del genere, gli Stati membri istituiscono un meccanismo di finanziamento di tali costi relativi agli obblighi di servizio universale. Ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/22, essi hanno a disposizione due soluzioni: l'impiego di fondi pubblici per indennizzare il fornitore incaricato del servizio universale per l'onere sopportato oppure l'instaurazione di un meccanismo di ripartizione dei costi netti connessi al servizio universale, al quale contribuiscono i diversi operatori di telecomunicazioni. La Repubblica portoghese ha optato per questa seconda soluzione.

1 Lingua originale: il francese.

2 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva «servizio universale») (*GU 2002, L 108, pag. 51*).

3 Sentenza del 19 giugno 2008, Commissione/Francia (C-220/07, non pubblicata, EU:C:2008:354, punto 28) (traduzione libera).

4 Slautsky, E., «Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale: quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union», *Cahiers de droit européen*, 2016, vol. 52, n. 3, pag. 886.

5 Considerando 18 della direttiva 2002/22. V., parimenti, E. Slautsky, op. cit.

3. Il meccanismo di ripartizione previsto dalla Repubblica portoghese presenta tuttavia una peculiarità. Infatti, tale meccanismo prevede segnatamente l'istituzione di un contributo straordinario inteso a compensare i costi attinenti al servizio universale sostenuti prima della creazione del meccanismo di ripartizione. È la compatibilità di tale peculiarità con l'articolo 13, paragrafo 3, e con l'allegato IV, parte B, della direttiva 2002/22 ad essere messa in discussione dalla Commissione europea, la quale ritiene che il contributo straordinario in questione non rispetti i requisiti che un meccanismo di ripartizione deve soddisfare, come previsti da tali disposizioni, ossia i principi di trasparenza, proporzionalità, minima distorsione della concorrenza e non discriminazione.

4. Con il presente ricorso per inadempimento, la Commissione chiede dunque alla Corte di dichiarare che la Repubblica portoghese, istituendo un contributo straordinario alla ripartizione del costo netto relativo agli obblighi di servizio universale a partire dal 2007, conformemente alla Lei n. 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal (legge n. 35/2012 relativa al Fondo di compensazione del servizio universale), del 23 agosto 2012[6], nella versione applicabile alla presente controversia, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 13, paragrafo 3, e dell'allegato IV, parte B, della direttiva 2002/22.

5. La presente causa offre dunque alla Corte l'occasione di precisare la portata dei requisiti che un meccanismo di ripartizione dei costi netti attinenti al servizio universale deve soddisfare.

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

6. I considerando da 18 a 21 e 23 della direttiva 2002/22 così recitano:

«(18) Gli Stati membri, ove necessario, dovrebbero istituire meccanismi di finanziamento del costo netto derivante dagli obblighi di servizio universale qualora sia dimostrato che tali obblighi possono essere assunti solo in perdita o ad un costo netto superiore alle normali condizioni commerciali. Occorre vigilare affinché il costo netto derivante dagli obblighi di servizio universale sia correttamente calcolato, che l'eventuale finanziamento comporti distorsioni minime per il mercato e per gli organismi che vi operano e sia compatibile con il disposto degli articoli [107 e 108 TFUE].

(19) Il calcolo del costo netto del servizio universale dovrebbe tenere in debita considerazione i costi e i ricavi nonché i vantaggi immateriali derivanti dalla fornitura del servizio universale, senza tuttavia compromettere l'obiettivo generale che consiste nel garantire che le strutture dei prezzi rispecchino i costi. I costi netti derivanti dagli obblighi di servizio universale dovrebbero essere calcolati in base a procedure trasparenti.

(20) Tener conto dei vantaggi intangibili significa che i vantaggi indiretti, valutati in termini monetari, che un'impresa ricava in virtù della sua posizione di fornitore del servizio universale dovrebbero essere detratti dal costo netto diretto degli obblighi di servizio universale al fine di determinare i costi che rappresentano l'onere globale.

(21) Qualora un obbligo di servizio universale rappresenti un onere eccessivo per un'impresa, gli Stati membri sono autorizzati ad istituire meccanismi efficaci di recupero dei costi netti. Uno dei metodi atti a consentire un recupero dei costi netti attinenti agli obblighi di servizio universale consiste in un'imputazione ai fondi pubblici. È inoltre ragionevole consentire il recupero dei costi netti facendo contribuire in modo trasparente tutti gli utenti mediante prelievi applicati alle

6 *Diário da República*, 1ª serie, n. 163, del 23 agosto 2012.

imprese. Gli Stati membri dovrebbero essere in grado di finanziare i costi netti dei diversi elementi del servizio universale attraverso vari meccanismi e/o di finanziare i costi netti di alcuni o di tutti gli elementi dell'uno o dell'altro meccanismo o di una combinazione di entrambi. In questo caso, gli Stati membri dovrebbero vigilare affinché il metodo di ripartizione dei prelievi tra le imprese si basi su criteri oggettivi e non discriminatori e rispetti il principio di proporzionalità. Tale principio non impedisce agli Stati membri di esonerare dai contributi i nuovi operatori che non hanno ancora una presenza significativa sul mercato. I dispositivi di finanziamento dovrebbero garantire che i soggetti del mercato contribuiscano unicamente al finanziamento degli obblighi di servizio universale e non ad attività che non sono direttamente legate alla fornitura di tale servizio. I dispositivi che consentono il recupero dei costi dovrebbero in ogni caso rispettare i principi del diritto comunitario e, in particolare, nel caso dei dispositivi di condivisione del finanziamento, i principi di non discriminazione e di proporzionalità. I dispositivi di finanziamento dovrebbero garantire che gli utenti di uno Stato membro non contribuiscano ai costi del servizio universale in un altro Stato membro, ad esempio nel caso di chiamate da uno Stato membro all'altro.

(...)

(23) Il costo netto degli obblighi di servizio universale può essere ripartito fra tutte le imprese o tra alcune categorie specifiche delle stesse. Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché il meccanismo di ripartizione rispetti i principi della trasparenza, della minima distorsione del mercato, della non discriminazione e della proporzionalità. Per "minima distorsione del mercato" si intende che i contributi dovrebbero essere riscossi in modo da ridurre al minimo l'impatto dell'onere finanziario che grava sugli utenti finali, per esempio ripartendo i contributi nel modo più ampio possibile».

7. L'articolo 12 della direttiva 2002/22, intitolato «Calcolo del costo degli obblighi di servizio universale», prevede quanto segue:

«1. Allorché le autorità nazionali di regolamentazione ritengono che la fornitura del servizio universale di cui agli articoli da 3 a 10 possa comportare un onere eccessivo per le imprese designate a fornire tale servizio, esse calcolano i costi netti di tale fornitura.

A tal fine, le autorità nazionali di regolamentazione possono:

a) procedere al calcolo del costo netto dell'obbligo di 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 IV, parte A, oppure

b) utilizzare i costi netti della fornitura del servizio universale individuati in base a un meccanismo di determinazione conforme all'articolo 8, paragrafo 2.

2. I conti e/o le altre informazioni su cui si basa il calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale di cui al paragrafo 1, lettera a) sono sottoposti alla verifica dell'autorità nazionale di regolamentazione o di un organismo indipendente dalle parti interessate e approvato dall'autorità nazionale di regolamentazione. I risultati del calcolo e le conclusioni finali della verifica sono messi a disposizione del pubblico».

8. L'articolo 13 della direttiva 2002/22, intitolato «Finanziamento degli obblighi di servizio universale», così dispone:

«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».

9. L'articolo 14 della direttiva 2002/22, intitolato «Trasparenza», dispone quanto segue:

«1. Qualora sia istituito un sistema di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale, ai sensi dell'articolo 13, le autorità nazionali di regolamentazione provvedono affinché i principi di ripartizione dei costi e i particolari del sistema applicato siano portati a conoscenza del pubblico.

2. Ferme restando le normative comunitarie e nazionali sulla riservatezza degli affari, le autorità nazionali di regolamentazione provvedono affinché sia pubblicata una relazione annuale che indichi il costo degli obblighi di servizio universale, quale risulta dai calcoli effettuati, i contributi versati da ogni impresa interessata e gli eventuali vantaggi commerciali, di cui abbiano beneficiato l'impresa o le imprese designate per la prestazione del servizio universale, nei casi in cui sia stato istituito e sia effettivamente in funzione un fondo di finanziamento».

10. L'allegato IV, parte B, della direttiva 2002/22 così recita:

«Il recupero o il finanziamento del costo netto degli obblighi di servizio universale implica che le imprese designate soggette a tali obblighi siano indennizzate per i servizi che forniscono a condizioni non commerciali. Poiché la compensazione comporta trasferimenti finanziari, gli Stati membri provvedono affinché tali trasferimenti siano effettuati in modo obiettivo, trasparente, non discriminatorio e proporzionato. Ciò significa che i trasferimenti finanziari devono comportare distorsioni minime della concorrenza e della domanda degli utenti.

Conformemente all'articolo 13, paragrafo 3, un dispositivo di condivisione basato su un fondo deve usare mezzi trasparenti e neutri per il prelievo dei contributi che evitino il rischio di una doppia imposizione sulle entrate e le uscite delle imprese.

L'organismo indipendente che gestisce il fondo di finanziamento ha la competenza di prelevare i contributi dalle imprese tenute a contribuire al costo netto degli obblighi di servizio universale in un determinato Stato membro. L'organismo provvede inoltre alla supervisione del trasferimento delle somme dovute e/o dei pagamenti alle imprese autorizzate a ricevere pagamenti provenienti dal fondo».

B. Diritto portoghese

11. La Lei n. 5/2004 das Comunicações Eletrónicas (legge n. 5/2004 sulle comunicazioni elettroniche), del 10 febbraio 2004[7], come modificata da ultimo dal Decreto-Lei n. 92/2017 (decreto-legge n. 92/2017), del 31 luglio 2017[8] (in prosieguo: la «legge n. 5/2004»), ha abrogato il Decreto-Lei n. 458/99 (decreto-legge n. 458/99), del 5 novembre 1999[9] e ha trasposto nell'ordinamento giuridico portoghese la direttiva 2002/22.

12. L'articolo 97 della legge n. 5/2004 prevede quanto segue:

«1. Dopo aver accertato l'esistenza di costi netti sostenuti nell'ambito del servizio universale considerati eccessivi dall'autorità nazionale di regolamentazione, incombe al governo, su domanda dei rispettivi fornitori, la messa a punto di una compensazione adeguata tramite entrambi i meccanismi seguenti o uno di essi:

a) un prelievo su fondi pubblici;

b) una ripartizione dei costi fra le altre imprese che forniscono nel territorio nazionale reti e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

2. In caso di applicazione del meccanismo previsto alla lettera b) del paragrafo precedente, deve essere istituito un fondo di compensazione, al quale contribuiscono le imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, gestito dall'autorità nazionale di regolamentazione o da un altro organismo indipendente designato dal governo e posto sotto la supervisione dell'autorità nazionale di regolamentazione.

3. I criteri di ripartizione del costo netto del servizio universale fra le imprese tenute a contribuire sono definiti dal governo, nel rispetto dei principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità.

(...)».

13. La legge n. 35/2012 ha istituito un fondo di compensazione del servizio universale di comunicazioni elettroniche al fine di finanziare i costi netti derivanti dal rispetto degli obblighi del servizio universale e di garantire la ripartizione di tali costi tra le imprese tenute a contribuirvi.

14. L'articolo 1 di tale legge, il quale ne individua l'oggetto, prevede la creazione del fondo di compensazione del servizio universale di comunicazioni elettroniche di cui all'articolo 97, paragrafo 2, della legge n. 5/2004 e la fissazione del criterio di ripartizione dei costi netti relativi a tale servizio fra le imprese tenute a contribuire.

15. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della legge n. 35/2012, «il fondo di compensazione rispetta nel suo funzionamento i principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e minima distorsione del mercato».

7 *Diário da República*, 1ª serie, n. 34, del 10 febbraio 2004.

8 *Diário da República*, 1ª serie, n. 146, del 31 luglio 2017.

9 *Diário da República*, 1ª serie, n. 258, del 5 novembre 1999.

16. L'articolo 6 di tale legge prevede quanto segue:

«Il fondo di compensazione serve a finanziare i costi netti del servizio universale determinati nel contesto delle gare d'appalto di cui all'articolo 99, paragrafo 3, della legge n. 5/2004 (...), modificata e consolidata dalla legge n. 51/2011 del 13 settembre 2011, e considerati eccessivi dall'Autoridade Nacional de Comunicações (autorità nazionale di vigilanza sulle comunicazioni; in prosieguo: l'«Anacom») in conformità alle disposizioni di cui all'articolo 95, paragrafo 1, lettera b), e dell'articolo 97 della stessa legge, nonché a finanziare i costi netti del servizio universale di cui al capo V».

17. L'articolo 17 di detta legge, intitolato «Finanziamento dei costi netti per il periodo anteriore alla designazione tramite gara d'appalto», dispone quanto segue:

«1. Il fondo di compensazione istituito dalla presente legge deve parimenti consentire la compensazione dei costi netti del servizio universale sopportati sino all'inizio della fornitura del servizio universale da parte del fornitore o dei fornitori di servizi designati in forza dell'articolo 99, paragrafo 3, della legge n. 5/2004 (...), modificata e consolidata dalla legge n. 51/2011 del 13 settembre 2011, alle seguenti condizioni cumulative:

a) venga accertata l'esistenza di costi netti a seguito di una verifica e tali costi vengano considerati eccessivi dall'[Anacom] in forza delle disposizioni di cui all'articolo 95, paragrafo 1, lettera a), dell'articolo 95, paragrafo 2, e degli articoli 96 e 97 della legge n. 5/2004 (...), come modificata e consolidata dalla legge n. 51/2011 del 13 settembre 2011;

b) il fornitore del servizio universale chieda al governo la compensazione dei costi di cui al paragrafo precedente.

2. L'importo dei costi netti da compensare in relazione al periodo anteriore alla designazione in esito ad una gara d'appalto corrisponde all'importo che verrà approvato dall'[Anacom], nei termini previsti al paragrafo che precede, alla lettera a)».

18. L'articolo 18, paragrafo 1, della stessa legge prevede che «[l]e imprese fornitrici di reti di comunicazione pubbliche e/o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico nel territorio nazionale sono tenute a versare un contributo straordinario al fondo di compensazione per ciascuno degli esercizi 2013, 2014 e 2015. Tale contributo straordinario è destinato esclusivamente al finanziamento dei costi netti previsti all'articolo precedente, approvati dall'[Anacom] nel corso di tali anni».

19. In conformità all'articolo 18, paragrafo 5, della legge n. 35/2012, il «contributo straordinario previsto al paragrafo 1 rappresenta il 3% del fatturato annuale ammissibile di ciascun ente, nel rispetto dei limiti fissati ai punti seguenti».

20. Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 6, di tale legge, l'«importo del contributo straordinario che ciascuna impresa è tenuta a versare non può mai superare il valore che risulterebbe dalla ripartizione dei costi netti di cui all'articolo 17, paragrafo 2, fra le imprese obbligate a contribuire, in proporzione al loro fatturato ammissibile».

21. Secondo l'articolo 20 di detta legge, l'importo del contributo straordinario corrispondente a ciascun esercizio può essere pagato nel corso di un periodo di cinque anni.

III. Antecedenti della controversia

A. Fatti

22. Con il Decreto-Lei n. 31/2003 (decreto-legge, n. 31/2003), del 17 febbraio 2003, il quale ha modificato le basi della concessione del servizio pubblico di telecomunicazioni in Portogallo, la società PT Comunicações (in prosieguo: la «PTC») è stata designata come fornitore del servizio universale fino al 2025.

23. In quanto fornitore del servizio universale, la PTC ha presentato a più riprese stime dei costi netti del servizio universale, nonché richieste di risarcimento dei margini negativi per gli anni dal 1996 al 1999, 2000, poi 2001, 2002 e 2003. L'Anacom ha tuttavia respinto queste diverse richieste di risarcimento.

24. A seguito dell'adozione della legge n. 5/2004 e di una domanda della PTC formulata nel luglio del 2007, l'Anacom ha adottato, il 9 giugno 2011 e a seguito di una procedura di consultazioni pubbliche e di audizioni preliminari degli interessati, due risoluzioni che precisavano, da un lato, la nozione di «onere eccessivo» ai sensi dell'articolo 97 di tale legge e, dall'altro, il metodo da utilizzare per calcolare i costi netti del servizio universale.

25. Su tali basi, l'Anacom ha ritenuto che la fornitura del servizio universale da parte della PTC fino al 2006 non costituisse un onere eccessivo. L'Anacom ha inoltre deciso di applicare, per il periodo successivo al 1º gennaio 2007 e fino all'avvio, da parte dei fornitori del servizio universale designati tramite gara d'appalto, della fornitura di tale servizio, il metodo di calcolo dei costi netti del servizio universale approvato.

26. È stata dunque adottata la legge n. 35/2012, la quale consente la creazione del fondo di compensazione del servizio universale di comunicazioni elettroniche e implica l'attuazione di un contributo straordinario per permettere la compensazione dei costi netti sopportati dalla PTC anteriormente alla designazione tramite gara d'appalto.

27. In forza delle risoluzioni dell'Anacom e della legge n. 35/2012, e a seguito della presentazione delle stime corrispondenti da parte della PTC, i costi netti del servizio universale per il periodo che va dal 2007 al 2009 sono stati controllati, e l'importo finale è stato approvato dall'Anacom il 19 settembre 2013. I costi netti per il 2010 e il 2011 sono stati approvati il 20 novembre 2014, mentre, nel corso del 2015, l'Anacom ha adottato una decisione finale concernente i risultati della verifica relativa ai costi netti per gli anni 2012 e 2013.

28. Successivamente, l'Anacom ha individuato, in altre tre decisioni, gli enti tenuti a contribuire al fondo di compensazione del servizio universale di comunicazioni elettroniche e ha fissato l'importo dei contributi straordinari relativi ai costi netti del servizio universale che dovevano essere indennizzati per i periodi dal 2007 al 2009, dal 2010 al 2011 e dal 2012 al 2013.

29. In tal modo, i contributi straordinari degli anni 2013, 2014 e 2015 erano destinati a compensare l'importo finale dei costi netti, rispettivamente, degli esercizi 2007, 2008 e 2009, degli esercizi 2010 e 2011, e degli esercizi 2012 e 2013.

30. Contemporaneamente, la Repubblica portoghese ha bandito tre gare d'appalto al fine di selezionare l'operatore o gli operatori che sarebbero stati designati come fornitore/i del servizio universale, e nuovi operatori sono stati scelti quali fornitori del servizio universale per quanto riguarda la connessione ad una rete di comunicazioni pubblica in postazione fissa e la fornitura di servizi telefonici accessibili al pubblico. La PTC, da parte sua, è stata selezionata per la fornitura del servizio universale di messa a

disposizione di telefoni pubblici a pagamento nel territorio nazionale [10]. I contratti con tali operatori sono entrati in vigore al più tardi il 1º giugno 2014, data alla quale il precedente contratto di concessione del servizio universale concluso con la PTC ha cessato di produrre i suoi effetti.

B. Procedimento precontenzioso

31. Il 13 dicembre 2012, la Commissione, tramite il sistema EU Pilot, ha inviato una lettera alla Repubblica portoghese, nella quale essa chiedeva chiarimenti in merito alla compatibilità del fondo di compensazione del servizio universale previsto dalla legge n. 35/2012 con l'articolo 13 e con l'allegato IV, parte B, della direttiva 2002/22, segnatamente per quanto riguarda la compensazione dei costi netti sopportati dal fornitore del servizio universale, la PTC, nel passato e nel corso di un periodo anteriore alla sua nuova designazione tramite gara d'appalto in qualità di fornitore del servizio universale.

32. Il 21 febbraio 2013, le autorità portoghesi hanno risposto a tale domanda. Esse hanno fornito informazioni supplementari in occasione di una riunione con i servizi della Commissione tenutasi il 23 ottobre 2014 e successivamente con una lettera del 5 dicembre 2014.

33. Il 27 febbraio 2015, la Commissione ha inviato alla Repubblica portoghese una lettera di diffida. Nella loro risposta del 29 aprile 2015, le autorità portoghesi hanno sostenuto che la legislazione portoghese e la sua attuazione dovevano essere considerate compatibili con i requisiti della direttiva 2002/22 e, in particolare, con i principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità.

34. Dopo aver esaminato tale risposta, la Commissione ha rivolto alla Repubblica portoghese un parere motivato con lettera del 29 aprile 2016, con cui invitava tale Stato membro ad adottare le misure necessarie per conformarsi al parere motivato entro un termine di due mesi a partire dalla sua ricezione.

35. Le autorità portoghesi hanno risposto al parere motivato con lettera del 1º luglio 2016 e hanno integrato tale risposta con una seconda lettera del 14 ottobre 2016 che faceva seguito ad una riunione con i servizi della Commissione del 7 settembre 2016. Le autorità portoghesi hanno fornito alla Commissione nuove informazioni relative ai procedimenti di audizione degli operatori e alle controversie nel settore in questione, ai dati sulla percentuale dell'importo del contributo rispetto al fatturato degli operatori e del settore, agli operatori presenti sul mercato nel corso del 2007 rispetto alla situazione vigente e allo stato del pagamento del contributo straordinario.

36. Altre due riunioni hanno avuto luogo fra la Commissione e le autorità portoghesi nei mesi di gennaio e luglio del 2017. Nel corso di quest'ultima riunione, sono state esaminate diverse soluzioni al fine di risolvere la controversia fra le parti. Successivamente, la Commissione ha chiesto che le venisse sottoposta una proposta di soluzione, accompagnata dall'indicazione di un termine di esecuzione. In due lettere del 14 marzo 2017 e del 12 settembre 2018, le autorità portoghesi, da un lato, hanno proposto l'organizzazione di una nuova riunione e, dall'altro, hanno osservato che ritenevano prudente attendere i risultati dei procedimenti avviati da taluni operatori dinanzi ai giudici nazionali e aventi ad oggetto l'interpretazione della legge n. 35/2012 in questione.

10 Resolução do Conselho de Ministros n. 66-A/2013 (risoluzione del Consiglio dei ministri n. 66-A/2013), del 18 luglio 2013, *Diário da República*, 1º supplemento, 1ª serie, n. 202, del 18 ottobre 2013.

C. Procedimento dinanzi alla Corte

37. Non condividendo il parere della Repubblica portoghese, la Commissione ha proposto il presente ricorso, con atto datato 25 gennaio 2019.

38. Il governo portoghese e la Commissione hanno svolto osservazioni orali durante l'udienza tenutasi l'11 marzo 2020.

IV. Analisi

39. Con il suo ricorso, la Commissione contesta la compatibilità del contributo straordinario alla ripartizione del costo netto attinente agli obblighi di servizio universale previsto all'articolo 18 della legge n. 35/2012 con l'articolo 13 e con l'allegato IV, parte B, della direttiva 2002/22. Più specificamente, la Commissione sostiene che tale contributo non rispetti i principi di trasparenza, non discriminazione, minima distorsione del mercato e proporzionalità enunciati alle succitate disposizioni.

A. Sul principio di trasparenza

1. Argomenti delle parti

40. La Commissione sostiene che il principio di trasparenza non si limita all'obbligo di pubblicazione e di messa a disposizione di elementi relativi alla ripartizione dei costi netti attinenti al servizio universale e che va oltre i soli requisiti previsti all'articolo 14 della direttiva 2002/22.

41. Secondo la Commissione, dalla giurisprudenza della Corte risulta che il principio di trasparenza copre parimenti altri aspetti. Da un lato, la Corte avrebbe dichiarato che, affinché un meccanismo di ripartizione del costo netto degli obblighi di servizio universale sia conforme al principio di trasparenza, gli elementi che consentono il calcolo dei contributi devono essere «stabiliti in conformità di criteri oggettivi, tenendo conto di elementi comparabili e quindi trasparenti, per consentire a tali operatori di calcolare i loro probabili costi e le loro probabili entrate» [11]. In tali circostanze, la Commissione ritiene che i requisiti di chiarezza e di precisione costituiscano parte integrante del principio di trasparenza.

42. Dall'altro, la Commissione sostiene che il principio di trasparenza è connesso al principio di certezza del diritto che esso serve a garantire, cosicché questo primo principio implica che le norme sul finanziamento del servizio universale, le quali possono avere un impatto finanziario sulle imprese, siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti. Più specificamente, il principio di trasparenza, nella misura in cui deve essere letto alla luce del principio della certezza del diritto, impone che gli interessati debbano conoscere con esattezza la portata degli obblighi loro imposti.

43. La Repubblica portoghese contesta l'interpretazione fatta dalla Commissione del principio di trasparenza, da essa qualificata massimalista e formalistica. A suo avviso, il principio di trasparenza costituisce una garanzia del rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi risultanti dal diritto dell'Unione e rinvia in tal senso all'oggettività dei criteri e alla comparabilità degli elementi utilizzati per calcolare il costo netto degli obblighi di servizio universale, fermo restando che la prevedibilità dei costi è una conseguenza di tali elementi.

11 Sentenza del 6 dicembre 2001, Commissione/Francia (C-146/00, EU:C:2001:668, punti 48 e 49).

44. Inoltre, secondo la Repubblica portoghese, il principio della certezza del diritto non può essere confuso con il principio di trasparenza. Orbene, gli argomenti invocati dalla Commissione riguarderebbero prevalentemente i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento. Infatti, la linea argomentativa della Commissione si risolverebbe nel postulare una presunta retroattività del contributo straordinario, la quale sarebbe incompatibile con il principio della certezza del diritto.

45. La Repubblica portoghese osserva, da un lato, che ciò implicherebbe che il fornitore del servizio universale non potrebbe essere risarcito dei costi netti già sorti, verificati e approvati dall'Anacom, sebbene il recupero di tali costi sia previsto dalla normativa nazionale. Dall'altro, la Repubblica portoghese sottolinea che occorre distinguere fra la retroattività apparente e la retroattività reale di una disposizione. Nella specie, la legge n. 35/2012 sarebbe solo apparentemente retroattiva, poiché essa produce i suoi effetti in funzione dell'anno di liquidazione del costo netto del servizio universale, ossia un periodo che si colloca dopo la data della sua entrata in vigore. Orbene, la giurisprudenza della Corte sarebbe estremamente restrittiva per quanto riguarda la tutela delle aspettative dei singoli nei casi di retroattività apparente [12], cosicché gli operatori non potevano avere una qualsivoglia aspettativa legittima in relazione alla modalità di finanziamento dei costi netti del servizio universale.

2. Analisi

46. La Commissione fa valere che il principio di trasparenza deve essere letto alla luce del principio della certezza del diritto e che ciò implica che questo primo principio comprende, oltre ad un obbligo di pubblicazione e di messa a disposizione degli elementi relativi al calcolo e alla ripartizione dei costi netti attinenti al servizio universale, requisiti di chiarezza, precisione e prevedibilità. Così concepito, il principio di trasparenza non sarebbe rispettato poiché gli operatori tenuti a contribuire al finanziamento dei costi connessi al servizio universale non hanno potuto prevedere, prima dell'istituzione effettiva del contributo straordinario da parte della legge n. 35/2012, la portata dei lori obblighi.

47. In altre parole, secondo la Commissione, il meccanismo istituito dalla Repubblica portoghese è contrario al principio di trasparenza nella misura in cui, prima della sua attuazione, gli operatori non potevano prevedere la portata degli obblighi che sarebbero risultati a loro carico da tale meccanismo.

48. Una soluzione del genere implicherebbe che il principio di trasparenza sarebbe rispettato solo se gli operatori potessero essere a conoscenza, ancor prima dell'adozione del meccanismo di ripartizione dei costi attinenti agli obblighi connessi al servizio universale, della portata degli obblighi risultanti da detto meccanismo, tuttavia non ancora adottato. Orbene, è giocoforza constatare che ciò non può mai avvenire.

49. Il principio di trasparenza, secondo l'articolo 13, paragrafo 3, della direttiva 2002/22, è in realtà destinato ad applicarsi solo a partire dal momento in cui esiste il meccanismo di ripartizione dei costi connessi al servizio universale. Non può dunque essere constatata l'assenza di trasparenza di un meccanismo che non è ancora stato adottato.

50. È irrilevante, a tal riguardo, che i costi che il meccanismo mira a compensare siano sorti prima dell'adozione di tale meccanismo, sempreché il contributo straordinario istituito rispetti effettivamente, una volta adottato, il principio di trasparenza. A mio avviso, questo è quanto si verifica nella fattispecie in esame.

12 Sentenza del 29 giugno 1999, Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333, punto 25).

51. Infatti, il principio di trasparenza al quale si riferisce l'articolo 13, paragrafo 3, della direttiva 2002/22, pur se non viene definito in modo chiaro, è precisato dall'articolo 14 di tale direttiva. In tal senso, il principio di trasparenza implica che le norme sulla ripartizione dei costi connessi al servizio universale e i particolari del sistema di ripartizione di tali costi siano portati a conoscenza del pubblico. Inoltre, è parimenti previsto, nei casi in cui sia stato istituito e sia effettivamente in funzione un sistema di ripartizione dei costi, che debba essere pubblicata una relazione annuale che indichi il costo degli obblighi di servizio universale, i contributi versati dagli operatori interessati e gli eventuali vantaggi commerciali di cui benefici il fornitore del servizio universale. In tali circostanze, il principio di trasparenza comprende essenzialmente un obbligo di pubblicazione e di messa a disposizione del pubblico degli elementi relativi all'istituzione e al funzionamento del meccanismo di ripartizione dei costi connessi al servizio universale.

52. La Corte ha precisato, inoltre, che tale obbligo di pubblicazione e di messa a disposizione del pubblico delle informazioni relative alle modalità di attuazione di un meccanismo di ripartizione dei costi del servizio universale mira a «consentire [agli] operatori [che vi contribuiscono] di calcolare i loro probabili costi e le loro probabili entrate» [13].

53. A tal riguardo, devo precisare che un siffatto obbligo non può tuttavia implicare che gli operatori tenuti a contribuire possano prevedere con certezza e precisione l'importo del loro contributo. Infatti, nella misura in cui gli importi esatti dei costi netti attinenti al servizio universale non possono essere conosciuti prima del loro calcolo da parte dell'autorità di regolamentazione, neanche gli importi esatti del contributo possono essere anticipati con precisione. È pertanto sufficiente che le modalità di funzionamento del meccanismo di ripartizione dei costi netti attinenti al servizio universale siano noti agli operatori affinché il principio di trasparenza sia rispettato. Infatti, la sola conoscenza di tali modalità consente loro di stabilire, in maniera ragionevole e probabile, ma non certa, la portata del contributo al quale essi saranno tenuti.

54. Orbene, rilevo che la legge n. 35/2012 non solo prevede la creazione del contributo straordinario, ma specifica parimenti le modalità della sua attuazione. Tale legge precisa in tal senso le condizioni della sua attivazione [14], gli esercizi nel corso dei quali esso deve essere versato [15], i costi che mira a compensare, nonché i limiti massimi del suo importo [16]. Inoltre, detta legge specifica il ruolo esatto dell'Anacom nella determinazione dei contributori e dell'importo del contributo straordinario, nonché le modalità di pagamento alle quali gli operatori devono conformarsi [17].

55. Pertanto, ritengo che il contributo straordinario istituito dalla Repubblica portoghese tramite la legge n. 35/2012 sia conforme al principio di trasparenza, poiché tale Stato membro porta a conoscenza del pubblico i principi relativi alla ripartizione dei costi connessi al servizio universale e i particolari necessari per quanto riguarda il funzionamento del meccanismo di ripartizione. Inoltre, tali elementi consentono sicuramente agli operatori tenuti a contribuire di determinare, a partire dalla creazione del meccanismo di ripartizione nel corso del 2012, la portata dei loro obblighi risultanti dal contributo straordinario che gli stessi dovranno versare per gli anni 2013, 2014 e 2015.

13 Sentenza del 6 dicembre 2001, Commissione/Francia (C-146/00, EU:C:2001:668, punti 48 e 49). Tale precisazione è effettivamente stata apportata con riferimento alla direttiva 97/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 1997, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP) (GU 1997, L 199, pag. 32), la quale è stata abrogata dalla 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); tuttavia, essa mi sembra conservare la sua rilevanza con riferimento al servizio universale come disciplinato dalla direttiva 2002/22.

14 Articolo 17 della legge n. 35/2012.

15 Articolo 18, paragrafo 1, della legge n. 35/2012.

16 Articolo 18, paragrafi 5 e 6, della legge n. 35/2012.

17 Articolo 20 e articolo 21, paragrafo 1, della legge n. 35/2012.

56. Pertanto, l'attuazione, da parte della Repubblica portoghese, del contributo straordinario previsto dalla legge n. 35/2012 non può costituire una violazione del principio di trasparenza.

B. Sui principi di minima distorsione del mercato e di proporzionalità

1. Argomenti delle parti

57. La Commissione ritiene che il meccanismo di compensazione previsto dalla legge n. 35/2012 non possa essere considerato compatibile con il principio di minima distorsione del mercato. In primo luogo, sarebbe impossibile per gli operatori prevedere tali costi o tenerne conto nella loro attività relativa agli anni per i quali tali costi vengono reclamati. In secondo luogo, gli importi da finanziare sarebbero significativi, poiché il contributo straordinario rappresenta il 3% del fatturato ammissibile di ciascun operatore e per ciascuno degli anni in questione e viene ad aggiungersi al contributo normalmente dovuto per il finanziamento dei costi netti del servizio universale sopportati dagli operatori designati nella procedura di gara d'appalto. In terzo luogo, il contributo straordinario farebbe gravare un onere superiore a quello che ci si attenderebbe normalmente se il contributo annuale tenesse conto del costo netto sostenuto nell'ambito della fornitura del servizio universale nel corso dello stesso periodo, nella misura in cui l'impatto sul fatturato sarebbe stato significativamente ridotto e avrebbe consentito agli operatori di ripartire l'onere finanziario su un periodo più lungo.

58. Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, la Commissione ritiene che esso non sia rispettato, poiché gli operatori sono tenuti a contribuire alla compensazione dei costi netti delle imprese designate al termine della gara d'appalto e, allo stesso tempo, a versare il contributo straordinario. Tale obbligo comporterebbe un «doppio contributo» oppure, quantomeno, un aumento degli oneri finanziari che gli operatori sono tenuti a sopportare. Inoltre, la Commissione ha sottolineato, in udienza, che gli importi del contributo straordinario erano significativi rispetto, segnatamente, all'importo del contributo per lo stesso periodo in Spagna.

59. Per quanto riguarda il principio di minima distorsione del mercato, la Repubblica portoghese sostiene che tale principio, illustrato al considerando 23 della direttiva 2002/22, interessa anzitutto il modo in cui si procede alla ripartizione dell'onere sostenuto dai fornitori del servizio universale al fine di ridurre al minimo l'impatto finanziario sugli utenti finali. Orbene, la Commissione non dedurrebbe alcun elemento che consenta di concludere che l'impatto finanziario sugli utenti non è stato ridotto al minimo. Ancora, il presunto carattere imprevedibile dei costi per gli operatori invocato dalla Commissione non rientrerebbe nell'ambito del principio della minima distorsione del mercato.

60. Inoltre, la Repubblica portoghese contesta il carattere significativo degli importi da finanziare tramite il contributo straordinario. La soglia del 3% del fatturato costituirebbe il limite superiore dell'importo totale dei contributi, fermo restando che tale importo sarebbe soggetto anche ad altri limiti. In particolare, l'importo dei costi netti da compensare corrisponderebbe in ogni caso all'importo che sarebbe stato approvato dall'Anacom. Inoltre, il contributo straordinario, il quale è inteso a rimborsare i costi netti sostenuti dal fornitore del servizio universale, sarebbe ripartito su quattro anni, e il valore corrispondente a ciascun anno potrebbe essere pagato nel corso di un periodo di cinque anni.

61. Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, la Repubblica portoghese fa valere che, nella misura in cui siffatto contributo straordinario, da un lato, mira a ridurre al minimo, per quanto possibile, l'ingerenza nel settore, con una ripartizione della compensazione la più ampia possibile, e, dall'altro, consiste in tal senso in una ponderazione equilibrata dei costi e del benefici alla luce dell'obiettivo perseguito, tale principio è pienamente rispettato, poiché detto contributo costituisce uno strumento adeguato per realizzare l'obiettivo della necessaria compensazione dei costi netti

attinenti al servizio universale. La Repubblica portoghese aggiunge, per quanto riguarda l'argomento della Commissione sollevato in udienza, secondo il quale gli importi dello stesso contributo sarebbero significativi, che la Commissione non può rimettere in discussione tali importi senza contestare al contempo il metodo di calcolo dei costi netti come effettuato dall'Anacom.

2. Analisi

62. Anzitutto, devo rilevare che l'argomento sollevato dalla Commissione secondo il quale gli operatori non sarebbero stati in grado di prevedere i costi netti che dovevano essere oggetto di una compensazione non mi sembra pertinente al fine di stabilire se il meccanismo istituito dalla Repubblica portoghese sia conforme al principio di minima distorsione del mercato.

63. Tale principio viene infatti illustrato al considerando 23 della direttiva 2002/22, ai sensi del quale per «"minima distorsione del mercato" si intende che i contributi dovrebbero essere riscossi in modo da ridurre al minimo l'impatto dell'onere finanziario che grava sugli utenti finali, per esempio ripartendo i contributi nel modo più ampio possibile». La questione se gli operatori fossero in grado di tenere conto del contributo straordinario nella loro attività è pertanto indifferente allorché si tratta di stabilire l'impatto dell'onere finanziario risultante da tale contributo gravante sugli utenti finali.

64. La Commissione solleva inoltre altri argomenti relativi, da un lato, alla consistenza degli importi in questione e, dall'altro, all'esistenza di un «doppio contributo» nella misura in cui gli operatori erano tenuti, dal 2013, sia a contribuire al finanziamento dei costi connessi al servizio universale per il periodo successivo alla gara d'appalto sia a versare il contributo straordinario per i costi sopportati dalla PTC anteriormente alla gara d'appalto. Tali elementi dimostrerebbero, da un lato, una violazione del principio di minima distorsione del mercato e, dall'altro, una violazione del principio di proporzionalità.

65. Pur se tali argomenti mi sembrano sicuramente più rilevanti di quello relativo alla prevedibilità dei costi, non credo tuttavia che essi siano sufficienti a dimostrare che tanto il principio di minima distorsione del mercato quanto il principio di proporzionalità siano stati violati.

66. Per quanto riguarda la consistenza degli importi del contributo straordinario, l'articolo 18, paragrafo 5, della legge n. 35/2012 prevede effettivamente che essi rappresentino il 3% del fatturato annuale ammissibile di ciascun ente chiamato a contribuire. Cionondimeno, l'articolo 18, paragrafo 6, di tale legge prevede parimenti che l'importo di tale contributo che ciascuna impresa deve versare non possa mai superare il valore che risulterebbe dalla ripartizione dei costi netti sostenuti dal fornitore del servizio universale e reputati eccessivi dall'Anacom.

67. L'importo del contributo straordinario, pur se può raggiungere il 3% del fatturato annuale ammissibile delle società contributrici, deve tuttavia corrispondere sempre all'importo dei costi netti sostenuti dal fornitore del servizio universale, come approvato dall'Anacom.

68. Orbene, è giocoforza constatare che la Commissione non contesta il metodo di calcolo dei costi netti operato dall'Anacom né il risultato al quale essa è pervenuta nelle decisioni relative agli anni 2012, 2013 e 2014. La Commissione non rimette dunque in discussione gli importi dei costi netti che il contributo straordinario mira a compensare, ai quali quest'ultimo deve esattamente corrispondere.

69. Pertanto, il mero fatto che gli importi di tale contributo siano significativi non consente di dimostrare che esso sia, in quanto tale, sproporzionato o non rispetti il principio di minima distorsione del mercato. Dal momento che detto contributo corrisponde esattamente all'importo dei costi netti sostenuti dal fornitore del servizio universale, il cui calcolo non viene rimesso in discussione dalla Commissione, esso mi sembra sia limitato a quanto necessario al conseguimento dell'obiettivo di compensazione dei costi connessi al servizio universale sia idoneo a ridurre al minimo l'impatto dell'onere finanziario.

70. Per quanto riguarda l'esistenza di un doppio contributo che graverebbe sugli operatori tenuti a contribuire sia al finanziamento dei costi successivamente alla gara d'appalto sia anche al finanziamento dei costi sostenuti dalla PTC allorché quest'ultimo era il fornitore unico del servizio universale, una siffatta esistenza implica, come rilevato dalla Commissione, un aumento degli oneri finanziari gravanti sugli operatori. Un siffatto aumento sarebbe parimenti dovuto al fatto che gli operatori sarebbero tenuti a compensare i costi netti di diversi anni su un solo anno [18].

71. Tuttavia, non ritengo che un siffatto elemento sia idoneo, da solo, ad integrare gli estremi di una violazione del principio di minima distorsione del mercato o del principio di proporzionalità. Anzitutto, un contributo destinato a compensare i costi sostenuti dal fornitore del servizio universale implica sempre, per gli operatori che vi sono tenuti, un onere finanziario superiore che nel caso di assenza di una siffatta compensazione. Poiché un simile aumento dell'onere finanziario gravante sugli operatori tenuti al contributo è inerente al meccanismo stesso di compensazione dei costi relativi alla fornitura del servizio universale, questo solo elemento non mi sembra sufficiente ad integrare gli estremi della violazione dei principi di minima distorsione del mercato e di proporzionalità.

72. Inoltre, nella misura in cui l'importo del contributo straordinario corrisponde esattamente all'importo dei costi sostenuti dal fornitore del servizio universale, è giocoforza constatare che detto importo è limitato a quanto strettamente necessario al conseguimento dell'obiettivo di compensazione dei costi netti attinenti al servizio universale. In tali circostanze, non credo che sia possibile ritenere che tale contributo comporti, per gli operatori assoggettati al medesimo, un onere finanziario eccessivo, e ciò quand'anche detto contributo si riferisse a diversi esercizi o implicasse un doppio contributo.

73. Inoltre, come addotto dalla Repubblica portoghese, gli operatori tenuti al contributo straordinario dispongono di agevolazioni di pagamento di quest'ultimo. Più specificamente, dall'articolo 20, paragrafo 4, della legge n. 35/2012 risulta che il pagamento di tale contributo può essere distribuito, per ciascun anno, su un periodo di cinque anni. Una siffatta possibilità consente pertanto agli operatori di modulare l'onere finanziario che essi devono sostenere per il pagamento di detto contributo, in modo da ridurre il più possibile il suo impatto. Una siffatta pianificazione mi sembra dunque assicurare, da un lato, una ripercussione minima dell'onere finanziario da sostenere sugli utenti finali e, dall'altro e più in generale, la proporzionalità dello stesso contributo.

74. Infine, come sostenuto dalla Repubblica portoghese, la riduzione al minimo dell'impatto dell'onere finanziario sostenuto dagli utenti finali e la proporzionalità del contributo straordinario risultano parimenti dal fatto che gli operatori tenuti a tale contributo sono tutti coloro il cui fatturato sia superiore all'1% del fatturato annuale del settore, incluso il fornitore del servizio universale. La ripartizione di detto contributo fra gli operatori risulta pertanto la più ampia possibile e idonea a ridurre al minimo l'impatto dello stesso sugli utenti finali.

18 V. paragrafo 29 delle presenti conclusioni.

75. In ogni caso, la posizione della Commissione implicherebbe che un meccanismo di ripartizione dei costi attinenti al servizio universale possa essere attuato solo nella misura in cui i contributi degli operatori siano calcolati in funzione dei costi sostenuti dal fornitore del servizio universale nel corso di un solo anno.

76. Tuttavia, devo rilevare che nessun elemento nel testo della direttiva 2002/22 obbliga gli Stati membri ad optare per una compensazione su base annuale. Orbene, non si possono desumere dal silenzio del legislatore dell'Unione modalità precise di attuazione dei meccanismi di compensazione dei costi del servizio universale. Dal momento che il legislatore dell'Unione non ha inteso imporre siffatte condizioni, non ritengo che un meccanismo di compensazione dei costi attinenti al servizio universale possa essere considerato, per il solo motivo che esso non funziona su base annuale, eccessivo o lesivo del principio di minima distorsione del mercato.

77. In tali circostanze, ritengo che l'attuazione, da parte della Repubblica portoghese, del contributo straordinario previsto dalla legge n. 35/2012 non costituisca una violazione dei principi di minima distorsione del mercato e di proporzionalità.

C. Sul principio di non discriminazione

1. Argomenti delle parti

78. Secondo la Commissione, il principio di non discriminazione esige che venga preso in considerazione soltanto il fatturato degli operatori presenti sul mercato nel momento in cui i costi netti sono stati sostenuti. La legge n. 35/2012 si applicherebbe tuttavia a tutti gli operatori presenti sul mercato fra il 2013 e il 2015, vale a dire ad operatori che non erano presenti sul mercato fra il 2007 e il 2012. Tali operatori sarebbero inoltre soggetti all'obbligo di contribuire con le loro entrate registrate in occasione di esercizi che non sarebbero quelli durante i quali i costi netti sono stati sostenuti, e sarebbero pertanto oggetto di una discriminazione.

79. La Repubblica portoghese fa valere, anzitutto, che la linea argomentativa della Commissione secondo la quale solo gli operatori presenti sul mercato nel momento i cui i costi sono stati sostenuti dovrebbero contribuire al fondo di compensazione, sulla base del fatturato relativo all'anno in cui i costi sono stati sostenuti, porta a favorire gli operatori sui quali non gravano i costi del servizio universale e implica una discriminazione nei confronti del fornitore del servizio universale.

80. La Repubblica portoghese sostiene poi che, pur se la struttura del mercato era diversa nel corso del 2013 e del 2007, ciò non significa tuttavia che gli operatori presenti sul mercato nel corso del 2013 non fossero già presenti in precedenza. A tal riguardo, la Repubblica portoghese difende la tesi secondo la quale la nozione di «impresa» dovrebbe ricevere un'interpretazione funzionale, che consenta di superare le modifiche relative alla struttura interna degli operatori allorché fra gli stessi esista un'unità economica o un controllo economico.

81. Infine, la Repubblica portoghese fa valere che la linea argomentativa della Commissione non tiene conto del fatto che le modalità di calcolo dei costi netti costituiscono una procedura lunga e complessa, la quale viene avviata solo su richiesta del fornitore del servizio universale, cosicché uno sfasamento fra il periodo in cui i costi netti sono stati sostenuti e il periodo in cui essi devono essere compensati non può essere indice di una discriminazione.

2. Analisi

82. Secondo la Commissione, l'asserita violazione del principio di non discriminazione risulterebbe dall'applicazione della legge n. 35/2012 e dal contributo straordinario delle imprese che non erano presenti sul mercato nel momento in cui i costi attinenti al servizio universale oggetto di una compensazione sono stati sostenuti.

83. Ricordo che, secondo costante giurisprudenza della Corte, una discriminazione può consistere solo nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse [19]. L'applicazione del contributo straordinario a società che non erano presenti sul mercato nel momento in cui i costi interessati dalla compensazione sono stati sostenuti potrebbe pertanto implicare, in teoria, una discriminazione.

84. Cionondimeno, non credo che ciò avvenga nel caso di specie. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, ritengo che i cambiamenti verificatisi sul mercato degli operatori di telecomunicazioni fra il 2007 e il 2012 non abbiano implicato la comparsa sul mercato di *nuove* società che potrebbero essere considerate non presenti allorché i costi attinenti al servizio universale e oggetto del contributo straordinario sono stati sostenuti, e ciò per i seguenti motivi.

85. In primo luogo, sia dal controricorso della Repubblica portoghese sia dalle osservazioni formulate dalla Commissione in udienza emerge che le ristrutturazioni che hanno avuto luogo sul mercato degli operatori di telecomunicazioni sono consistite in ristrutturazioni all'interno di un gruppo e fra gruppi. Le *nuove* società prese in considerazione dalla Commissione risultano in realtà nate da fusioni fra società già operanti su tale mercato.

86. Orbene, le società risultanti da tali fusioni assicurano la continuità giuridica dei diritti e degli obblighi delle società oggetto di dette fusioni. Infatti, tali operazioni di fusione operano un trasferimento del patrimonio di queste ultime società, ossia la totalità degli elementi dell'attivo e del passivo. Più in generale, una siffatta operazione non può congelare i diritti e gli obblighi della società oggetto della fusione al momento in cui tale fusione opera, fermo restando che tali diritti ed obblighi sono portati ad evolversi in funzione di circostanze sia economiche sia giuridiche.

87. In tale contesto, la sola questione che si pone è se fra il passivo trasferito figuri l'obbligo di versare un contributo straordinario previsto dalla legge n. 35/2012, al quale sarebbero state tenute le società oggetto di dette fusioni in assenza di ristrutturazioni.

88. Ritengo che la risposta sia affermativa. Infatti, nessuna ragione giustifica l'esclusione dal passivo dell'obbligo di contribuire alla compensazione dei costi attinenti al servizio universale. Una siffatta esclusione avrebbe come conseguenza che ogni operazione di ristrutturazione consentirebbe ad una società di sottrarsi al suo obbligo di contribuire al fondo di compensazione dei costi connessi al servizio universale e, in tal modo, di eludere l'applicazione della direttiva 2002/22. In tale ipotesi, una ristrutturazione opererebbe come una causa di estinzione degli obblighi di contribuzione al finanziamento del servizio universale e potrebbe persino avere luogo solo a tale fine.

89. In tali circostanze, non si può ritenere che le ristrutturazioni che hanno avuto luogo sul mercato degli operatori di telecomunicazioni abbiano comportato la comparsa sul mercato di *nuove* società che non sarebbero state soggette al pagamento del contributo straordinario in assenza di tali ristrutturazioni e che subirebbero una discriminazione a causa dell'obbligo di contribuire al finanziamento del servizio universale.

19 Sentenze del 13 novembre 1984, Racke (283/83, EU:C:1984:344, punto 7); del 2 aprile 2009, Bouygues e Bouygues Télécom/Commissione (C-431/07 P, EU:C:2009:223, punto 114), nonché del 19 novembre 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, punto 30).

90. In secondo luogo, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione in udienza, i cambiamenti nell'azionariato o le acquisizioni di partecipazioni di nuovi investitori che consentono loro di entrare nel capitale degli operatori di telecomunicazioni non possono essere sufficienti per considerare tali società come *nuove* sul mercato. Ancora una volta, una siffatta soluzione implicherebbe che qualsiasi cambiamento nel capitale della società sarebbe una causa di estinzione degli obblighi delle società e consentirebbe pertanto di eludere l'applicazione della direttiva 2002/22.

91. Tale conclusione non può essere rimessa in discussione dall'argomento della Commissione formulato in udienza, secondo il quale ogni decisione di investimento si fonda sulla situazione della società al momento in cui l'investimento ha luogo. A tal riguardo, la Commissione ritiene, con riferimento agli investimenti anteriori alla legge n. 35/2012, che non fosse possibile per gli investitori prevedere l'obbligo di contribuire al finanziamento dei costi del servizio universale per il periodo dal 2007 al 2012. Da un lato, rilevo che la possibilità di un meccanismo di contribuzione al finanziamento dei costi del servizio universale esisteva dall'adozione della legge n. 5/2004 e non poteva pertanto essere ignorata dagli operatori. Dall'altro, e in ogni caso, tale argomento, se fosse fondato, quod non, costituirebbe non una violazione del principio di non discriminazione nei confronti delle società in questione, bensì una violazione del principio della tutela del legittimo affidamento degli investitori, la quale, del resto, non viene invocata dalla Commissione.

92. In tali circostanze, ritengo che l'attuazione, da parte della Repubblica portoghese, del contributo straordinario previsto dalla legge n. 35/2012 non costituisca una violazione del principio di non discriminazione.

V. Conclusione

93. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di respingere il presente ricorso. In conformità all'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte, la Commissione europea deve essere condannata alle spese.