

ORDINANZA DEL TRIBUNALE (Quinta Sezione)

12 dicembre 2007*

Nella causa T-109/06,

Vodafone España, SA, con sede in Madrid (Spagna),

Vodafone Group plc, con sede in Newbury, Berkshire (Regno Unito),

rappresentate dagli avv. J. Flynn, QC, E. McKnight e K. Fountoukakos-Kyriakakos,
solicitors,

ricorrenti,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. M. Shotter e dalla
sig.ra K.Mojzesowicz, in qualità di agenti,

convenuta,

* Lingua processuale: l'inglese.

sostenuta dal

Regno di Spagna, rappresentato dall'avv. M. Muñoz Pérez, abogado del Estado,

interveniente,

avente ad oggetto la domanda di annullamento della pretesa decisione contenuta nella comunicazione della Commissione 30 gennaio 2006 indirizzata alla Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) (GU L 108, pag. 33),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Quinta Sezione),

composto dal sig. M. Vilaras, presidente, dalle sig.re M.E. Martins Ribeiro e K. Jürimäe, giudici,

cancelliere: sig. E. Coulon

ha pronunciato la seguente

Ordinanza

Contesto normativo

1. *Direttiva 2002/21/CE*

- 1 Il 7 marzo 2002 il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea hanno emanato la direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) (GU L 108, pag. 33). La detta direttiva istituisce, a termini dell'art. 1, n. 1, della medesima, «un quadro normativo armonizzato per la disciplina dei servizi di comunicazione elettronica, (...) e delle risorse e servizi correlati, definisce le funzioni delle autorità nazionali di regolamentazione ed istituisce le procedure atte a garantire l'applicazione armonizzata del quadro normativo nella Comunità».
- 2 Il successivo art. 4 prevede il diritto di ricorso contro le decisioni emanate dalle autorità di regolamentazione nazionali (in prosieguo: le «ARN») esponendo quanto segue:

«1. Gli Stati membri prevedono, a livello nazionale, meccanismi efficienti che permettano a qualunque utente e a qualunque impresa che fornisce reti e/o servizi

di comunicazione elettronica, che siano interessati dalla decisione di una [ARN], di ricorrere contro detta decisione dinanzi ad un organo di ricorso, indipendente dalle parti coinvolte. Tale organo, che può essere un tribunale, è in possesso di competenze adeguate e tali da consentirgli di assolvere le sue funzioni. Gli Stati membri garantiscono che il merito del caso sia tenuto in debita considerazione e che vi sia un efficace meccanismo di ricorso. In attesa dell'esito di un eventuale ricorso, resta in vigore la decisione dell' [ARN], a meno che l'organo di ricorso non decida altrimenti.

2. Le decisioni degli organi competenti a conoscere dei ricorsi, di cui al paragrafo 1, che non siano organi giurisdizionali sono comunque sempre motivate per iscritto. In tal caso, inoltre, le decisioni sono impugnabili dinanzi a una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 del trattato».

3 Ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2002/21, «[g]li Stati membri provvedono affinché le [ARN] forniscano alla Commissione, su richiesta motivata, le informazioni che le sono necessarie per assolvere i compiti che il trattato le conferisce».

4 Il successivo art. 6, intitolato «Meccanismo di consultazione e di trasparenza», così dispone:

«Salvo nei casi che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 7, paragrafo 6, o 20 o 21, gli Stati membri provvedono affinché le [ARN], quando intendono adottare misure in applicazione della presente direttiva (...) che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole (...)».

5 Il successivo art. 7, intitolato «Consolidamento del mercato interno per le comunicazioni elettroniche», così recita:

«1. Le [ARN], nell'esercizio delle funzioni indicate nella presente direttiva (...), tengono nella massima considerazione gli obiettivi di cui all'articolo 8, nella misura in cui concernono il funzionamento del mercato interno.

2. Le [ARN] contribuiscono allo sviluppo del mercato interno cooperando in modo trasparente tra di loro e con la Commissione al fine di assicurare la piena applicazione, in tutti gli Stati membri, delle disposizioni della presente direttiva (...). A tale scopo cercano in particolare di pervenire ad un accordo sui tipi di strumenti e sulle soluzioni più adeguate da utilizzare nell'affrontare determinati tipi di situazioni nel contesto del mercato.

3. Oltre alla consultazione di cui all'articolo 6, qualora un'[ARN] intenda adottare una misura che:

a) rientri nell'ambito di applicazioni degli articoli 15 o 16 della presente direttiva (...), e

b) influenzi gli scambi tra Stati membri,

essa rende nel contempo accessibile il progetto di misura alla Commissione e alle [ARN] di altri Stati membri, insieme alla motivazione su cui la misura si basa (...), e

5. L'[ARN] interessata tiene nel massimo conto le osservazioni delle altre [ARN] e della Commissione e può, salvo nei casi di cui al paragrafo 4, adottare il progetto di misura risultante e, in tal caso, comunicarlo alla Commissione.

6. In circostanze straordinarie l'[ARN], ove ritenga che sussistano urgenti motivi di agire, in deroga alla procedura di cui ai paragrafi 3 e 4, onde salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti, può adottare immediatamente adeguate misure temporanee. Essa comunica senza indugio tali misure, esaurientemente motivate, alla Commissione e alle altre [ARN]. La decisione dell'[ARN] di rendere tali misure permanenti o di estendere il periodo di tempo in cui siano applicabili è soggetta alle disposizioni dei paragrafi 3 e 4».

6 A termini dell'art. 8, n. 2, lett. b), della stessa direttiva 2002/21, le [ARN] «promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l'altro (...) garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche».

7 Il successivo n. 3, lett. d), del medesimo art. 8 della direttiva 2002/21 aggiunge che «le [ARN] contribuiscono allo sviluppo del mercato interno, tra l'altro (...) collaborando tra loro e con la Commissione in maniera trasparente per garantire lo sviluppo di prassi normative coerenti e l'applicazione coerente della presente direttiva (...)».

8 L'art. 14 della direttiva 2002/21 definisce la nozione di impresa che dispone di un significativo potere di mercato. A tal riguardo il n. 2 del detto art. 14 dispone che «[s]i presume che un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una

posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori». La stessa disposizione aggiunge che «le [ARN], nel valutare se due o più imprese godono congiuntamente di una posizione dominante sul mercato, ottemperano alla normativa comunitaria e tengono nella massima considerazione gli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del rilevante potere di mercato pubblicati dalla Commissione a norma dell'articolo 15».

- 9 L'art. 15 della direttiva 2002/21 riguarda la procedura per la definizione dei mercati. A termini del n. 1 di detto articolo, «la Commissione adotta una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti (in prosieguo: la "raccomandazione")», con la precisazione che «[l]a raccomandazione individua (...) i mercati dei prodotti e dei servizi all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione» e che «[l]a Commissione definisce i mercati in base ai principi del diritto della concorrenza». Il successivo n. 2 del medesimo art. 15 dispone che la «Commissione provvede a pubblicare orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato (in prosieguo: gli "orientamenti") conformi ai principi del diritto della concorrenza entro la data di entrata in vigore della presente direttiva». Ai sensi del successivo n. 3, le [ARN] «tenendo nel massimo conto la raccomandazione e gli orientamenti, definiscono i mercati rilevanti corrispondenti alla situazione nazionale, in particolare mercati geografici rilevanti nel loro territorio, conformemente ai principi del diritto della concorrenza» e «[p]rima di definire mercati che differiscono da quelli contemplati nella raccomandazione (...) applicano la procedura di cui agli artt. 6 e 7».

- 10 L'art. 16 della direttiva, intitolato «Procedura per l'analisi del mercato», così recita:

«1. Non appena possibile dopo l'adozione della raccomandazione o dopo ogni suo successivo aggiornamento, le [ARN] effettuano un'analisi dei mercati rilevanti

tenendo nel massimo conto gli orientamenti. Gli Stati membri provvedono affinché questa analisi sia effettuata, se del caso, in collaborazione con le autorità nazionali garanti della concorrenza.

(...)

4. Qualora accerti che un mercato rilevante non è effettivamente concorrenziale l'[ARN] individua le imprese che dispongono di un significativo potere di mercato conformemente all'articolo [14] e impone a tali imprese gli appropriati specifici obblighi di regolamentazione (...) ovvero mantiene in vigore o modifica tali obblighi laddove già esistano.

Nel caso dei mercati transnazionali paneuropei individuati nella decisione di cui all'articolo 15, paragrafo [4] le [ARN] interessate effettuano congiuntamente l'analisi di mercato, tenendo nel massimo conto gli orientamenti, e si pronunciano di concerto in merito all'imposizione, al mantenimento, alla modifica o alla revoca di obblighi di regolamentazione (...).

6. Le misure di cui ai paragrafi (...) 4 e 5 sono adottate secondo la procedura di cui agli articoli 6 e 7».

2. Raccomandazione 2003/561/CE

¹¹ La raccomandazione della Commissione 23 luglio 2003, 2003/561/CE, relativa alle notificazioni, ai termini e alle consultazioni di cui all'art. 7 della direttiva 2002/21

(GUL 190, pag. 13), prevede, al punto 6, lett. f), che la notificazione da parte dell'ARN di un progetto di misura deve includere, all'occorrenza, «i risultati della consultazione pubblica preliminare effettuata dall'[ARN]».

12 A termini del successivo punto 12:

«Qualora formuli osservazioni a norma dell'art. 7, paragrafo 3, della direttiva 2002/21 (...), la Commissione ne informa l'[ARN] interessata per via elettronica e le pubblica sul proprio sito web».

13 Il successivo punto 14 così recita:

«14. Qualora la Commissione, nell'applicare l'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva 2002/21/CE (...) ritenga che un progetto di misura creerebbe una barriera al mercato unico o abbia seri dubbi riguardo alla sua compatibilità con il diritto comunitario ed in particolare con gli obiettivi di cui all'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE (...) o successivi;

a) ritiri le suddette obiezioni; o

b) adotti una decisione che richieda ad un'[ARN] di ritirare il progetto di misura,

ne informa l'[ARN] interessata per via elettronica e pubblica un avviso sul proprio sito web».

- 14 Il punto 16 della detta raccomandazione dispone che una «[ARN] può decidere in qualunque momento di ritirare un progetto di misura notificato; in tal caso la misura comunicata viene tolta dal registro [della Commissione]».
- 15 A termini del successivo punto 17, «[q]ualora un'[ARN] che abbia ricevuto osservazioni della Commissione o di un'altra [ARN] formulate a norma dell'art. 7, paragrafo 3, della direttiva 2002/21 (...) adotti il progetto di misura, su richiesta della Commissione, essa informa la Commissione e le altre [ARN] del modo in cui ha tenuto nella massima considerazione tali osservazioni».

Fatti all'origine della controversia

- 16 Le società Vodafone España e Vodafone Group (in prosieguo, congiuntamente denominate: «Vodafone») sono gestori di una rete pubblica di comunicazioni mobili in Spagna nell'ambito della quale forniscono servizi di comunicazione mobile. Esistono due altri operatori di reti mobili che esercitano la loro attività sul mercato spagnolo, vale a dire le società Telefonica e Amena. Una licenza di utilizzazione di spettro è stata concessa alla società Xfera e questa è autorizzata ad accedere al mercato in qualità di quarto operatore di reti mobili.
- 17 Il 10 agosto 2004, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (commissione del mercato delle telecomunicazioni spagnola; in prosieguo: la «CMT») annunciava, al fine di raccogliere osservazioni da parte delle imprese operanti sul mercato, una consultazione preliminare sui servizi al dettaglio delle chiamate in entrata e in uscita provenienti da apparecchi mobili.

- 18 Il 7 luglio 2005, la CMT decideva di avviare un procedimento diretto alla definizione e all'analisi del mercato delle chiamate in entrata e in uscita nelle reti di telecomunicazioni mobili pubbliche, alla designazione degli operatori in possesso di un significativo potere sul mercato e all'imposizione di obblighi specifici. Essa decideva parimenti di annunciare la consultazione pubblica e di richiedere una relazione all'autorità di vigilanza spagnola in materia di concorrenza. Tale decisione veniva pubblicata sul Boletín Oficial del Estado del 9 agosto 2005. La consultazione nazionale si svolgeva tra il 9 agosto e il 9 settembre 2005.
- 19 Il 16 settembre 2005, l'autorità spagnola in materia di concorrenza comunicava alla CMT la propria relazione relativa al procedimento di definizione e di analisi del mercato della fornitura di chiamate in entrata e in uscita nelle reti di telecomunicazioni mobili pubbliche.
- 20 Il 23 settembre 2005, la Vodafone presentava osservazioni alla CMT.
- 21 Il 6 ottobre 2005, la CMT annunciava che, in considerazione della complessità del procedimento, il termine di emanazione e di notificazione della decisione era stato prorogato di tre mesi.
- 22 Il 28 novembre seguente, la CMT e la Commissione tenevano una riunione di «prenotificazione», in occasione della quale la CMT presentava le proprie conclusioni preliminari. I servizi della Commissione ponevano al riguardo una prima serie di quesiti.
- 23 Nel periodo compreso tra il 13 e il 23 dicembre 2005, la Vodafone presentava osservazioni preliminari alla Commissione.

- 24 Il 30 dicembre seguente la Commissione registrava la notificazione del progetto di misura della CMT con il riferimento ES/2005/0330, con cui la detta autorità intendeva, in primo luogo, dichiarare che la Vodafone e due altre società, vale a dire la Telefonica e la Amena, detenevano congiuntamente un potere significativo sul mercato, equivalente ad una posizione dominante ai sensi del diritto comunitario e della concorrenza, riguardo al mercato della fornitura all'ingrosso dei servizi di chiamata in ingresso e in uscita nella rete di telecomunicazioni mobili pubbliche in Spagna e, in secondo luogo, imporre l'obbligo alla Vodafone, nonché alla Telefonica e alla Amena, di dar seguito alle ragionevoli richieste di accesso alle loro reti e di proporre ragionevoli condizioni per la fornitura di servizi di accesso.
- 25 Il 5 gennaio 2006, la Commissione pubblicava il progetto di misure della CMT.
- 26 Il 10 gennaio seguente la Commissione inviava alla CMT una richiesta di informazioni, a norma dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2002/21, cui riceveva risposta da parte della medesima il 13 gennaio seguente nonché informazioni supplementari in data 18 gennaio 2006.
- 27 Il 13 gennaio 2006 la Vodafone comunicava alla Commissione copia delle osservazioni da essa presentate dinanzi alla CMT nell'ambito della consultazione nazionale.
- 28 Il 16 gennaio seguente si svolgeva una riunione tra la Vodafone e funzionari della Commissione in ordine al progetto di misure ES/2005/0330, in occasione della quale la detta società comunicava all'istituzione elementi informativi complementari. Con telefax del giorno seguente e posta elettronica del 24 gennaio 2006 essa comunicava, inoltre, alla Commissione proprie osservazioni.

- 29 Il 26 gennaio 2006 la Vodafone presentava domanda di accesso ai documenti in possesso della Commissione riguardo al progetto di misure ES/2005/0330, in base al regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2001, n. 1049, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU L 145, pag. 43).
- 30 Con lettera 30 gennaio 2006, la Commissione trasmetteva alla CMT, a norma dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, una lettera di osservazioni in ordine al progetto ES/2005/0330 (in prosieguo: la «lettera 30 gennaio 2006» o l'«atto impugnato»).
- 31 Le osservazioni della Commissione vertevano sul rilievo, da parte della CMT, di una posizione dominante collettiva. Il primo commento riguardava le condizioni di concorrenza sul mercato al dettaglio. Dopo aver rilevato che l'analisi della dinamica del mercato al dettaglio effettuata dalla CMT si fondava sull'evoluzione globale della media dei corrispettivi per minuto, la Commissione invitava la CMT a sorvegliare, in una futura analisi del mercato, l'evoluzione dei prezzi al dettaglio del segmento del mercato e/o per profilo di consumatore. Essa osservava, inoltre, che il mercato al dettaglio sembrava presentare una serie di caratteristiche strutturali che sembravano invogliare sufficientemente gli operatori a negare collettivamente l'accesso a operatori di reti virtuali mobili.
- 32 In un secondo commento, concernente il punto di convergenza, la Commissione osservava che la CMT aveva rilevato la sussistenza di un punto di convergenza trasparente, consistente nel diniego di accesso al mercato all'ingrosso opposto a terzi. Malgrado la mancata individuazione, da parte della CMT, di un punto di convergenza sul mercato al dettaglio, cosa non indispensabile, la Commissione riteneva plausibile, alla luce dell'allineamento delle strategie commerciali dei tre operatori di rete, che la minima deviazione verso una concorrenza da parte di prezzi più aggressivi potesse essere facilmente individuata.

- 33 Il terzo commento riguardava il meccanismo di ritorsione. Riguardo al mercato all'ingrosso, la Commissione affermava che tale meccanismo poteva essere attuato, ma che ulteriori elementi probatori avrebbero potuto essere forniti in ordine alla questione se tale meccanismo potesse essere più immediato e se fosse sufficientemente energico per allineare l'impresa deviante. Quanto al mercato al dettaglio, la Commissione riteneva che sussistessero, complessivamente, meccanismi credibili di ritorsione.
- 34 In un quarto commento la Commissione invitava le autorità spagnole ad individuare lo strumento per garantire un'efficace utilizzazione dello spettro disponibile, tenuto conto del fatto che un titolare di licenza (Xfera) non aveva ancora fatto ingresso sul mercato, pur avendo ottenuto la licenza nel 2000. Se tale titolare fosse entrato sul mercato nel 2006, sarebbe stata incombenza della CMT seguire da vicino gli effetti sul carattere durevole della posizione dominante collettiva. La Commissione aggiungeva che qualsivoglia «prova concreta di evoluzioni sul mercato al dettaglio, non connesse alle misure regolamentari sul mercato pertinente, che facessero sorgere dubbi sul carattere durevole della posizione dominante collettiva (...) renderebbe necessaria un'analisi del mercato pertinente» e che tale analisi avrebbe dovuto essere notificata all'istituzione ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21.
- 35 La Commissione osservava inoltre, nella lettera 30 gennaio 2006, che i chiarimenti supplementari forniti dalla CMT a seguito della domanda di informazioni avevano svolto un ruolo determinante nella valutazione della notificazione della CMT. Conseguentemente, quest'ultima veniva invitata a fondare il proprio provvedimento definitivo sulle informazioni disponibili più recenti.
- 36 La Commissione rammentava infine, nella detta lettera 30 gennaio 2006, che «conformemente all'art. 7, n. 5, della direttiva [2002/21], la CMT [era] tenuta a tenere in massimo conto le osservazioni formulate dalle altre ARN e dalla Commissione» e che essa poteva «adottare il progetto di misure definitive e, eventualmente, comunicarlo alla Commissione».

37 Il 31 gennaio 2006 la Commissione e la CMT pubblicavano ciascuna un comunicato stampa relativo alla lettera 30 gennaio 2006.

38 Il 2 febbraio seguente la CMT emanava la decisione che approvava la definizione e l'analisi del mercato della fornitura di chiamate in ingresso e in uscita nella rete di telecomunicazioni mobili pubbliche, la designazione degli operatori in possesso di un significativo potere sul mercato e l'imposizione di obblighi specifici. Al n. 4 della decisione, la CMT osservava che, ai sensi dell'art. 7, n. 5, della direttiva 2002/21, essa aveva tenuto «conto, nella misura del possibile, delle osservazioni formulate dalla Commissione e dalle [ARN] e che essa [era] in grado di adottare il provvedimento finale che [avrebbe dovuto] quindi notificare alla Commissione». Il paragrafo finale della decisione della CMT precisava che «una domanda di riesame può essere proposta dinanzi alla [CMT] entro il termine di un mese a decorrere dal giorno seguente a quello della notificazione» e che «la domanda di sindacato giurisdizionale può essere sottoposta direttamente alla sezione giurisdizionale della Corte suprema, entro il termine di due mesi a decorrere dal giorno seguente a quello della notificazione».

39 Avverso la decisione della CMT, la Vodafone proponeva ricorso dinanzi al Tribunal Supremo (Corte di cassazione spagnola) in data 7 aprile 2006.

40 L'11 maggio seguente, la Commissione trasmetteva alla Vodafone una decisione confermativa del diniego di accesso ai documenti ai sensi del regolamento n. 1049/2001, facendo presente che taluni documenti di cui trattasi «costituiscono deliberazioni interne della Commissione in ordine all'impostazione da seguire nel procedimento [de quo] e riguardanti direttamente le procedure di deliberazione della Commissione».

Procedimento e conclusioni delle parti

- 41 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale in data 12 aprile 2006, la Vodafone ha proposto il presente ricorso.
- 42 Con separato atto depositato presso la cancelleria del Tribunale parimenti in data 12 aprile 2006, la Vodafone ha presentato, a norma dell'art. 76 bis del regolamento di procedura del Tribunale, domanda di procedimento accelerato, respinta con decisione 16 maggio 2006.
- 43 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale in data 28 giugno 2006, la Commissione ha sollevato eccezione di irricevibilità ai sensi dell'art. 114, n. 1, del regolamento di procedura.
- 44 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 29 giugno 2006, il Regno di Spagna ha chiesto di intervenire a sostegno della Commissione.
- 45 Con ordinanza del presidente della Quinta Sezione del Tribunale 6 settembre 2006 la domanda di intervento è stata accolta.
- 46 Nel proprio ricorso la Vodafone chiede che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione della Commissione contenuta nella lettera 30 gennaio 2006;

— condannare la Commissione alle spese sostenute dalla Vodafone in relazione al presente procedimento.

47 Nell'eccezione di irricevibilità la Commissione chiede che il Tribunale voglia:

— dichiarare il ricorso manifestamente irricevibile;

— condannare la Vodafone alle spese.

48 Nella propria memoria di intervento il Regno di Spagna chiede che il Tribunale voglia:

— dichiarare il ricorso irricevibile;

— condannare la Vodafone alle spese.

49 Nelle proprie osservazioni sull'eccezione di irricevibilità la Vodafone chiede che il Tribunale voglia:

— respingere l'eccezione di irricevibilità della Commissione;

- disporre la prosecuzione del procedimento nel merito;
- condannare la Commissione alle spese causate dall'eccezione di irricevibilità.

In diritto

50 A termini dell'art. 114, n. 1, del regolamento di procedura, su richiesta di una parte, il Tribunale può pronunciarsi sull'eccezione di irricevibilità senza impegnare la discussione nel merito. Il procedimento sulla domanda, conformemente al n. 3 dello stesso articolo, prosegue oralmente, salvo contraria decisione del Tribunale, il quale, nella specie, ritiene di essere sufficientemente istruito alla luce degli atti di causa e che non occorra, quindi, avviare la fase orale.

51 Occorre, anzitutto, esaminare se l'atto impugnato, nella specie, vale a dire una comunicazione effettuata sulla base dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, costituisca un atto impugnabile ai sensi dell'art. 230 CE e, successivamente, se la Vodafone sia legittimata ad agire a norma dell'art. 230, quarto comma, CE.

1. *Sulla natura dell'atto impugnato*

Argomenti delle parti

52 La Commissione e il Regno di Spagna sostengono che l'atto impugnato non costituisce un atto impugnabile ai sensi dell'art. 230 CE.

53 La Vodafone rammenta che, al fine di accertare se un atto produca effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi del soggetto che questi impugna, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica, occorre tener conto della sostanza dell'atto, laddove la forma in cui gli atti o le decisioni sono adottate resta, in linea di massima, irrilevante ai fini della possibilità di impugnarli mediante azione di annullamento (sentenza della Corte 11 novembre 1981, causa 60/81, IBM/Commissione, Racc. pag. 2639, punto 9; sentenza del Tribunale 15 dicembre 2005, causa T-33/01, Infront WM/Commissione, Racc. pag. II-5897, punto 89).

54 La Vodafone sostiene, in primo luogo, che l'atto impugnato costituisce, alla luce del suo contenuto e del contesto in cui è stato adottato, una decisione di autorizzazione, con cui la Commissione ha fatto propria la misura proposta dalla CMT e ha deciso di non passare alla seconda fase del procedimento ai sensi dell'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21. A tal riguardo afferma che l'art. 7, nn. 3 e 4, della direttiva lascia alla Commissione due opzioni unicamente a seguito dell'esame di un progetto di misura notificato: o la Commissione impone all'ARN interessata l'obbligo di non adottare il progetto di misure per due mesi ulteriori, o non impone alcuna moratoria, consentendo in tal modo alla ARN di adottare il progetto di misure. La Commissione, nel caso in cui decida di non imporre moratorie, potrebbe tuttavia decidere di rivolgere osservazioni alla ARN e tali osservazioni potrebbero vertere su vari punti differenti, di importanza variabile. Tuttavia, la possibilità di formulare varie osservazioni differenti non impedirebbe che la Commissione si trovi dinanzi ad una scelta essenzialmente binaria: ordinare alla ARN di non adottare il progetto di misure per due ulteriori mesi, ovvero non farlo, consentendole in tal modo di procedere immediatamente all'adozione del progetto di misure.

55 La Vodafone rammenta che il ruolo della Commissione è quello di vigilare sull'applicazione uniforme della direttiva 2002/21. Orbene, tale obiettivo potrebbe essere conseguito solamente ove la Commissione sia tenuta ad esaminare ogni singola notificazione e ad adottare una decisione in ogni singola vertenza. In ogni caso, la Commissione stessa riconoscerebbe di prendere posizione in ogni singolo caso. Nel termine di un mese successivo alla notificazione, la Commissione approvirebbe il progetto di misure ovvero deciderebbe di dare avvio alla seconda fase del procedimento.

56 Nella specie, la Commissione avrebbe proceduto alla valutazione del progetto di misura ES/2005/0330 al fine di accertare l'esistenza di gravi dubbi quanto alla sua compatibilità con il diritto comunitario e, avendo ritenuto che tali dubbi non sussistessero, avrebbe approvato il progetto di misura. La Commissione avrebbe descritto il proprio ruolo in tali termini non solamente nell'atto impugnato, bensì parimenti nel comunicato stampa 31 gennaio 2006 (IP/06/97) che accompagnava l'atto medesimo e nella propria richiesta di informazioni complementari alla CMT successiva alla notificazione. Essa insiste sul fatto che la Commissione, in varie altre dichiarazioni descrittive del procedimento ex art. 7 della direttiva 2002/21, ivi compreso il proprio sito internet, avrebbe qualificato come «decisioni» tutte le comunicazioni effettuate ai sensi dell'art. 7, n. 3, della detta direttiva. La Vodafone si richiama, inoltre, alla decisione della Commissione 11 maggio 2006 recante diniego di accesso ai documenti relativi al progetto di misura ES/2005/0330, che conterrebbe tali riferimenti alla «decisione» della Commissione e all'«iter decisionale». Essa rileva, poi, che dalla comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni 6 febbraio 2006, sulle analisi di mercato effettuate in applicazione del quadro normativo comunitario — consolidamento del mercato interno per le comunicazioni elettroniche [COM (2006) 28 def., pagg. 5 e 10], emerge che la Commissione, che prende posizione in ordine ad ogni singola misura notificata, verifica se la valutazione delle ARN sia conforme al diritto comunitario della concorrenza e sia sufficientemente confortata da elementi di prova. La natura vincolante del procedimento ex art. 7 della direttiva 2002/21 e il ruolo centrale della Commissione nella valutazione e verifica delle conclusioni delle ARN che effettuino notifiche risulterebbe parimenti dalla raccomandazione 2003/561 e dal memorandum della Commissione 7 febbraio 2006, n. 06/59, intitolato «Comunicazioni elettroniche: il procedimento ex art. 7 e il ruolo della Commissione — questioni frequentemente sollevate».

57 La Vodafone, richiamandosi alla sentenza *Infront WM/Commissione*, cit. supra al punto 53, rileva che la descrizione che la Commissione stessa fornisce del proprio ruolo e del procedimento costituisce una prova convincente in ordine alla produzione di effetti giuridici obbligatori da parte dell'atto e della sua impugnabilità ai sensi dell'art. 230 CE (sentenza *Infront WM/Commissione*, cit. supra al punto 53, punti 106 e 107). Inoltre, al pari della decisione presa nella controversia da cui è scaturita la sentenza *Infront WM/Commissione*, cit. supra al punto 53, sarebbe necessario attribuire effetti vincolanti all'atto impugnato nella specie al fine di

salvaguardare la corretta e uniforme applicazione del diritto comunitario, perseguita dalla direttiva 2002/21. Infatti, solamente ove la Commissione sia tenuta a valutare ogni singolo progetto di misura notificato e a decidere se la misura de qua debba essere «filtrata» come incompatibile con la direttiva 2002/21 o con il diritto comunitario il procedimento previsto dall'art. 7 potrebbe contribuire efficacemente alla corretta ed uniforme applicazione della direttiva 2002/21.

58 Quanto all'argomento relativo alla pretesa assenza di dispositivo nella lettera 30 gennaio 2006, la Vodafone osserva che, ai fini della determinazione se un atto sia produttivo di effetti giuridici, rileva la sostanza e non la forma dell'atto stesso (sentenza Infront WM/Commissione, cit. supra al punto 53, punto 110). Essa rammenta, a tal riguardo, che il Tribunale ha già avuto modo di affermare che atti senza dispositivo formale costituiscono atti impugnabili (sentenza del Tribunale 24 marzo 1994, causa T-3/93, Air France/Commissione, Racc. pag. II-121, punti 44 e segg.).

59 In ogni caso, la Vodafone ritiene che il passo dell'atto impugnato in cui la Commissione riproduce il testo dell'art. 7, n. 5, della direttiva 2002/21 costituisca un dispositivo in cui, affermando che la CMT può adottare il progetto di misura finale e decidendo, in tal modo, di non dare avvio alla seconda fase del procedimento, la Commissione avrebbe rimosso l'unico ostacolo restante all'adozione, da parte della CMT, del progetto di misura ES/2005/0330. Riproducendo il testo dell'art. 7, n. 5, della direttiva 2002/21 nel dispositivo dell'atto impugnato senza tuttavia menzionare l'inciso «salvo nei casi di cui al paragrafo 4», che costituisce parte integrante di tale disposizione, la Commissione avrebbe chiaramente deciso che la misura progettata dalla CMT non ricadesse nella sfera di applicazione dell'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21, ritenendo di non nutrire gravi dubbi quanto alla compatibilità della misura stessa con il diritto comunitario e ritenendo di non dover dare avvio alla seconda fase del procedimento.

60 Nelle proprie osservazioni sulla memoria di intervento del Regno di Spagna, la Vodafone rammenta che il quadro normativo applicabile attribuisce alla Commissione un ruolo decisivo nel garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario. L'art. 7 della direttiva 2002/21 realizzerebbe tale obiettivo prevedendo che la Commissione

riceva ogni singola misura proposta, la valuti e decida in merito nell'ambito di un sistema giuridicamente vincolante. Il carattere giuridicamente vincolante di una comunicazione ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 emergerebbe dal comunicato stampa del 20 ottobre 2006 (IP/06/1439) e dal discorso pronunciato dal membro della Commissione competente per la società dell'informazione, in data 16 novembre 2006. I termini utilizzati dalla Commissione in tali documenti confermerebbero in toto la descrizione, da parte della Vodafone, dell'obbligo per la Commissione di esaminare ogni singola notificazione, quindi di decidere, eventualmente, in ordine all'effettuazione di un'indagine approfondita e, infine, di opporre il proprio «veto» alle misure incompatibili con il diritto comunitario. Il procedimento ex art. 7 della direttiva 2002/21 non costituirebbe un meccanismo di scambio di esperienze o di dialogo tra le autorità competenti, bensì un procedimento di autorizzazione giuridicamente vincolante. La Vodafone si richiama, a tal riguardo, al tenore dell'art. 7, n. 5, della direttiva 2002/21, a termini del quale le ARN tengono nella massima considerazione le osservazioni formulate dalla Commissione nonché al punto 17 della raccomandazione 2003/561, ai sensi del quale un'ARN deve informare la Commissione in ordine alla modalità con cui essa ha tenuto nella massima considerazione le osservazioni dell'istituzione ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21.

⁶¹ In secondo luogo, la Vodafone sostiene che l'atto impugnato, rimuovendo l'ultimo ostacolo al progetto di misura ES/2005/0330 e ponendo termine all'esame del progetto di misura a livello comunitario, avrebbe non solamente modificato la situazione giuridica della CMT consentendole di adottare legalmente il progetto di misura ed imponendole l'obbligo giuridico di tenere nella massima considerazione gli elementi sollevati nelle osservazioni della Commissione, ma avrebbe modificato la propria situazione giuridica, privandola dei diritti procedurali di cui avrebbe beneficiato se la Commissione avesse dato avvio alla seconda fase del procedimento.

⁶² La Vodafone considera, a tal riguardo, che l'atto impugnato è analogo all'atto che la Commissione adotta sulla base dell'art. 6, n. 1, lett. a), del regolamento (CE) del Consiglio 20 gennaio 2004, n. 139, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 24, pag. 1), con cui l'istituzione ritiene di non essere competente per valutare una concentrazione, ovvero all'atto adottato sulla base dell'art. 9 del regolamento medesimo con cui l'istituzione rinvia la pratica dinanzi alle autorità nazionali. Ponendo termine all'esame alla luce del diritto comunitario, l'uno e l'altro dei

detti atti, adottati sulla base del regolamento n. 139/2004, inciderebbero sulla situazione giuridica del terzo ricorrente privandolo, da un lato, della possibilità che la Commissione esamini la legittimità della concentrazione sotto il profilo del detto regolamento e, dall'altro, dei diritti procedurali di cui avrebbe beneficiato nel corso del procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione (sentenze del Tribunale 4 marzo 1999, causa T-87/96, Assicurazioni Generali e Unicredito/Commissione, Racc. pag. II-203, punti 37-44, e 3 aprile 2003, causa T-119/02, Royal Philips Electronics/Commissione, Racc. pag. II-1433, punto 282). Tale situazione sarebbe paragonabile a quella di specie, atteso che la lettera 30 gennaio 2006 avrebbe posto termine al controllo comunitario della misura proposta, facendo cessare il procedimento di cui all'art. 7 della direttiva 2002/21 e consentendo il proseguimento della procedura nazionale diretta all'adozione della misura proposta.

⁶³ La Vodafone aggiunge che decisivo ai fini della determinazione dell'impugnabilità di un atto ai sensi dell'art. 230 CE è l'effetto sostanziale dell'atto, valutato nel contesto del regime giuridico in cui si colloca, e non la competenza esclusiva della Commissione. In ogni caso, l'istituzione disporrebbe, nell'ambito della direttiva 2002/21, della competenza esclusiva per decidere se imporre una moratoria all'adozione di una misura notificata da un'ARN, avviando la seconda fase del procedimento. L'esercizio di tale competenza dovrebbe poter essere soggetto al sindacato del giudice comunitario. Sarebbe irrilevante il fatto che la Commissione disponga di competenza esclusiva per tutto l'iter procedurale, da cui potrebbe scaturire l'adozione di misure regolamentari ex ante, o che le ARN dispongano parimenti di competenza per taluni fasi di tale iter.

⁶⁴ La Vodafone invoca parimenti la giurisprudenza in materia di aiuti di Stato, secondo cui la decisione adottata dalla Commissione ai sensi dell'art. 88, n. 3, CE di non avviare la seconda fase della procedura e di approvare la concezione di un nuovo aiuto notificato da uno Stato membro è produttiva di effetti diretti non solo per lo Stato membro, bensì parimenti per il beneficiario dell'aiuto proposto nonché per i terzi autori della denuncia. Questi ultimi risulterebbero, infatti, privati dei diritti procedurali di cui avrebbero beneficiato partecipando ad un'indagine approfondita della Commissione relativa ai progetti di aiuti (sentenze della Corte 19 maggio 1993, causa C-198/91, Cook/Commissione, Racc. pag. I-2487, punti 23-26, e 15 giugno 1993, causa

C-225/91, Matra/Commissione, Racc. pag. I-3203, punti 17-20; sentenza del Tribunale 10 maggio 2006, causa T-395/04, Air One/Commissione, Racc. pag. II-1343, punti 30-31).

65 La Vodafone rileva peraltro che i propri diritti procedurali scaturiscono direttamente dai principi generali del diritto comunitario. Ai fini della sussistenza di un diritto procedurale non sarebbe infatti necessario che uno strumento di diritto comunitario derivato ne preveda espressamente l'attribuzione (sentenza della Corte 12 febbraio 1992, cause riunite C-48/90 e C-66/90, Paesi-Bassi e a./Commissione, Racc. pag. I-565, punti 44-51). In tal senso, in materia di aiuti di Stato, la Corte avrebbe precisato la categoria dei beneficiari dei diritti procedurali di cui all'art. 88, n. 2, CE nonché il contenuto di tali diritti già prima che questi venissero espressamente stabiliti dal regolamento (CE) del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante modalità di applicazione dell'art. [88 CE] (GU L 83, pag. 1) (v. sentenza della Corte 14 novembre 1984, causa 323/82, Intermills/Commissione, Racc. pag. 3809, punti 16 e 17). Orbene, secondo la ben consolidata giurisprudenza in materia, riguardo ai procedimenti in due fasi nel settore di aiuti di Stato, le parti, quali la Vodafone, sarebbero legittimate ad impugnare la decisione della Commissione che pone termine alla prima fase del procedimento, al fine di tutelare le garanzie procedurali di cui esse beneficerebbero durante la seconda fase del procedimento stesso (v. sentenze della Corte Cook/Commissione, cit. supra al punto 64, punto 23; Matra/Commissione, cit. supra al punto 64, punto 17, e 13 dicembre 2005, causa C-78/03 P, Commissione/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, Racc. pag. I-10737, punto 35; sentenze del Tribunale Air One/Commissione, cit. supra al punto 64, punto 31; e Royal Philips Electronics/Commissione, cit. supra al punto 62, punto 284).

66 La tutela delle garanzie procedurali della Vodafone a livello nazionale non implicherebbe, quindi, che essa non possa far valere garanzie procedurali a livello comunitario. Il procedimento dinanzi alla CMT e quello avviato a livello comunitario ex art. 7 della direttiva 2002/21 costituirebbero procedimenti separati. Le garanzie della Vodafone derivanti dal diritto comunitario troverebbero applicazione alle informazioni complementari che non potrebbero essere contestate nell'ambito dei rimedi nazionali, non riguardando il procedimento svoltosi dinanzi alla CMT. A tal proposito, la Vodafone fa presente di non aver mai avuto l'occasione di potersi pronunciare

sulle informazioni supplementari fornite dalla CMT alla Commissione con lettera del presidente della CMT stessa del 24 gennaio 2006 nonché con quella del 25 gennaio seguente in risposta alla domanda di informazione della Commissione. La Commissione medesima ammetterebbe la necessità di riconoscere parimenti garanzie procedurali a livello comunitario malgrado la sussistenza di garanzie a livello nazionale.

67 Il fatto che l'art. 4 della direttiva 2002/21 preveda rimedi giuridici nazionali sarebbe privo di pertinenza ai fini della valutazione della ricevibilità del presente ricorso. Il ruolo decisivo della Commissione nella corretta ed uniforme applicazione della direttiva 2002/21, consistente nella valutazione di ogni singola misura notificata all'istituzione e nel deciderne la compatibilità con il diritto comunitario, dovrebbe costituire oggetto di sindacato giurisdizionale da parte dei giudici comunitari, indipendentemente dall'inscrivibilità di rimedi nazionali avverso la misura nazionale. A tal riguardo, la Vodafone precisa di essere legittimata alla proposizione di un ricorso contro la decisione della Commissione di non avviare la seconda fase del procedimento sulla base del rilievo che, a fronte degli elementi probatori contenuti nella notificazione della CMT, l'unica via che la Commissione avrebbe potuto intraprendere sarebbe stata quella dell'avvio della seconda fase del procedimento. Costituirebbe questione totalmente distinta quella relativa all'accertamento se la Vodafone disponesse parimenti di motivi per proporre ricorso avverso la misura adottata dalla CMT a livello nazionale, sulla base del rilievo, ad esempio, che la CMT sarebbe incorsa in errori di valutazione di fatto, non risultanti dalla notificazione alla Commissione e che la Commissione non avrebbe potuto quindi individuare. La Vodafone osserva inoltre che, nella specie, sussisterebbero questioni di merito che non potrebbero essere affrontate nell'ambito di un'azione esperita a livello nazionale. La Vodafone rileva, a tal proposito, che l'incompatibilità della lettera 30 gennaio 2006 con le decisioni adottate riguardo ad altri Stati membri costituisce il fondamento di due specifici motivi dedotti nell'ambito del presente ricorso. Considerato che i meccanismi di ricorso nazionali e comunitari mirano ad obiettivi differenti, non sussisterebbe, nella specie, alcun rischio di «forum shopping». In ogni caso, l'esistenza di rimedi giurisdizionali interni eventualmente esperibili dinanzi al giudice nazionale non è atta ad escludere la possibilità di impugnare direttamente, dinanzi al giudice comunitario, in forza dell'art. 230 CE, la legittimità di una decisione adottata da un'istituzione comunitaria (sentenze *Air France/Commissione*, cit. supra al punto 58, punto 69; *Royal Philips Electronics/Commissione*, cit. supra al punto 62, punto 290, e *Infront WM/Commissione*, cit. supra al punto 53, punto 109).

68 Infine, il fatto che la Commissione non possieda poteri di indagine così estesi come quelli di cui dispone ex regolamento n. 139/2004 non potrebbe costituire un elemento pertinente nella valutazione della ricevibilità del presente ricorso. La Vodafone rammenta, a tal riguardo, che la Commissione è competente, a norma dell'art. 5 della direttiva 2002/21, ad esigere che le ARN le trasmettano «le informazioni che le sono necessarie per assolvere i compiti che il Trattato le conferisce» (ivi comprese le informazioni considerate confidenziali) e che, nella specie, la Commissione ha esercitato tale potere. I poteri di indagine della Commissione troverebbero unicamente un limite nel fatto che la Commissione non è tenuta, ovvero non è legittimata, ad effettuare un esame completo sul merito di tutti i fatti sottesi al progetto di misure dell'ARN. Il ruolo della Commissione sarebbe diverso da quello dell'ARN o dell'organo di ricorso nazionale istituito dall'art. 4 della direttiva 2002/21. Tuttavia, la Commissione, nei limiti delle informazioni messe a sua disposizione (ivi comprese le informazioni da essa richieste ex art. 5 della direttiva 2002/21), sarebbe tenuta ad esaminare se un progetto di misura crei ostacolo al mercato interno, a stabilire se sussistano gravi dubbi quanto alla compatibilità del progetto di misure con il diritto comunitario e — laddove in esito ad un'indagine approfondita, ritenga che un progetto di misure sia incompatibile con il diritto comunitario — vietare il progetto medesimo. Al fine di assolvere a tale compito, la Commissione dovrebbe esercitare un controllo giuridico appropriato che rispetti il potere discrezionale di un'ARN, ma che impedisca l'adozione di progetti di misure incompatibili con il diritto comunitario.

Giudizio del Tribunale

69 Secondo costante giurisprudenza, costituiscono atti o decisioni che possono essere oggetto di un'azione di annullamento ai sensi dell'art. 230 CE i provvedimenti destinati a produrre effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica del medesimo. La forma con cui tali atti o decisioni sono adottati resta, in linea di massima, irrilevante ai fini della possibilità di impugnarli con azione di annullamento (sentenza IBM/Commissione, cit. supra al punto 53, punto 9; sentenza del Tribunale 17 febbraio 2000, causa T-241/97, Stork Amsterdam/Commissione, Racc. pag. II-309, punto 49). Al fine di stabilire se un provvedimento impugnato produca effetti di tal genere, occorre pertanto tener conto della sua sostanza (sentenza della Corte 22 giugno 2000, causa C-147/96, Paesi-Bassi/Commissione, Racc. pag. I-4723, punto 27).

70 Al fine di poter valutare, alla luce dei richiamati principi, la natura giuridica dell'atto impugnato e di poter stabilire se sia produttivo di effetti giuridici obbligatori, occorre quindi esaminare tanto il suo contenuto quanto il contesto in cui è stato adottato (v., in tal senso, ordinanza della Corte 13 giugno 1991, causa C-50/90, Sunzest/Commissione, Racc. pag. I-2917, punto 13).

Sul contesto in cui l'atto impugnato è stato adottato

— Sui compiti attribuiti dalla direttiva 2002/21, rispettivamente, alle ARN e alla Commissione

71 Il contesto normativo in cui l'atto impugnato è stato adottato è costituito dalla direttiva 2002/21. Quest'ultima, a termini dell'art. 1, n. 1, della medesima, «istituisce un quadro normativo armonizzato per la disciplina di servizi di comunicazione elettronica, delle reti di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, definisce le funzioni delle [ARN] ed istituisce le procedure atte a garantire l'applicazione armonizzata del quadro normativo nella Comunità».

72 Il legislatore comunitario ha inteso attribuire alle ARN un ruolo centrale al fine di realizzare gli obiettivi previsti dalla direttiva 2002/21, tra i quali figura, come emerge dall'art. 8, n. 2, della direttiva medesima, la promozione della concorrenza nei mercati delle comunicazioni elettroniche.

73 A tal riguardo, occorre rilevare anzitutto elementi formali quali il ricorso allo strumento giuridico della direttiva, di cui gli Stati membri sono gli unici destinatari. La struttura della direttiva, che si articola su cinque capi intitolati, rispettivamente,

«Campo d'applicazione, finalità e definizioni» (Capo I: artt. 1 e 2), «[ARN]» (Capo II: artt. 3-7), «Funzioni delle [ARN]» (Capo III: artt. 8-13), «Disposizioni comuni» (Capo IV: artt. 14-25) e «Disposizioni finali» (Capo V: artt. 26-30), è parimenti rilevante del ruolo centrale svolto dalle ARN.

74 Inoltre, per quanto attiene alle specifiche competenze attribuite dalla direttiva 2002/21 alle ARN, queste ultime sono tenute, segnatamente, a definire, conformemente ai principi del diritto della concorrenza, i mercati rilevanti corrispondenti alla situazione nazionale (art. 15, n. 3, della direttiva 2002/21), ad individuare gli operatori che dispongono di un significativo potere di mercato (art. 14 della direttiva 2002/21) e a stabilire gli obblighi di regolamentazione che debbano essere eventualmente imposti a tali operatori (art. 16, n. 4, della direttiva 2002/21).

75 Nell'esercizio delle competenze menzionate al punto precedente, le ARN dispongono dell'assistenza della Commissione. In tal senso, l'art. 15, n. 1, della direttiva 2002/21 stabilisce che «la Commissione adotta una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti» e che «[l]a raccomandazione individua (...) i mercati dei prodotti e dei servizi all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione». Il successivo n. 2 del medesimo art. 15 aggiunge che «[l]a Commissione provvede a pubblicare orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato (...) conformi ai principi del diritto della concorrenza».

76 A termini dell'art. 14, n. 2, secondo comma, dell'art. 15, n. 3, nonché dell'art. 16, n. 1, della direttiva 2002/21, le ARN «tengono nella massima considerazione» le raccomandazioni e gli orientamenti della Commissione.

77 La direttiva 2002/21 prevede una partecipazione più diretta della Commissione nonché una partecipazione delle altre ARN, qualora un'ARN intenda «definire mercati che differiscono da quelli contemplati nella raccomandazione» della Commissione (art. 15, n. 3). Lo stesso principio si applica qualora l'ARN — o le ARN interessate nel caso di un mercato transnazionale — intendano imporre, mantenere o modificare obblighi di regolamentazione specifici adeguati ad imprese che dispongano di un significativo potere su un mercato non effettivamente concorrenziale (art. 16, nn. 4, 5 e 6). La partecipazione della Commissione nonché quella delle altre ARN al procedimento di consolidazione del mercato interno delle comunicazioni elettroniche è descritta all'art. 7 della direttiva 2002/21 e mira, conformemente al 'considerando' 15 della direttiva medesima, a «garantire che le decisioni prese a livello nazionale non incidano negativamente sul mercato unico o su altri obiettivi del Trattato». Si tratta di un procedimento diretto a garantire la coerente indicazione del quadro regolamentare.

— Sullo svolgimento del procedimento ex art. 7 della direttiva 2002/21

78 L'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 prevede che «qualora un'[ARN] intenda adottare una misura» di cui, segnatamente, agli artt. 15 o 16 della direttiva 2002/21 e «influenzi gli scambi tra Stati membri», l'ARN interessata, «oltre alla consultazione [delle parti interessate] di cui all'art. 6», «rende nel contempo accessibile il progetto di misura alla Commissione e alle [ARN] di altri Stati membri, insieme alla motivazione su cui la misura si basa» e «ne informa la Commissione e le altre [ARN]». A tale obbligo di notificazione dell'ARN interessata corrisponde l'obbligo della Commissione di esaminare il progetto di misure notificato al fine di «garantire che le decisioni prese a livello nazionale non incidano negativamente sul mercato unico o su altri obiettivi del Trattato» ('considerando' 15 della direttiva 2002/21).

79 Nella specie, il progetto di misure ES/2005/0330, notificato alla Commissione e alle altre ARN, ricade nella sfera dell'art. 16, n. 4, della direttiva 2002/21. La misura

proposta mira, infatti, ad individuare le imprese che dispongano di un significativo potere sul mercato e imporre loro obblighi regolamentari specifici.

80 Si deve rilevare che l'art. 7 della direttiva 2002/21 prevede due tipi di possibili reazioni da parte della Commissione in esito alla notificazione di un progetto di misura ai sensi dell'art. 16, n. 4, della direttiva 2002/21.

81 Nella prima ipotesi, prevista dall'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, la Commissione ritiene che il progetto di misura non creerà barriere nel mercato unico ovvero che non sussistano seri dubbi quanto alla sua compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con gli obiettivi indicati all'art. 8 della direttiva medesima. In tale ipotesi, la Commissione può «trasmettere le proprie osservazioni all'[ARN] di cui trattasi entro il termine di un mese» qualora, come nella specie, la consultazione delle parti interessate, di cui all'art. 6 della direttiva stessa, sia già stata completata al momento della modificazione del progetto di misure. Nel corso del presente procedimento la Commissione ha affermato di essersi pronunciata, per ragioni di trasparenza, su ogni singola notificazione, formulando informazioni ovvero comunicando per iscritto di non aver osservazioni in merito [comunicazione COM(2006) 28 def., pag. 3].

82 Nella seconda ipotesi, prevista all'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21, la Commissione ritiene, al contrario, che il progetto di misure «influenzi gli scambi commerciali tra Stati membri» e «creerebbe una barriera al mercato unico» ovvero che sussistano seri dubbi in ordine alla «sua compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con gli obiettivi di cui all'articolo 8». In tal caso, la Commissione invia, entro lo stesso termine di un mese, una comunicazione alla ARN interessata, esprimendo seri dubbi ai sensi dell'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21, ove, conformemente a tale disposizione, «il progetto di misura non può essere adottato per ulteriori due mesi».

Durante questa seconda fase del procedimento la Commissione procede ad un esame approfondito della misura di cui trattasi. Ancorché nessuna disposizione lo preveda espressamente, la Commissione ha affermato di aver invitato, nel corso della seconda fase, le parti interessate a presentare le proprie osservazioni.

⁸³ Dall'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21 emerge che, entro il detto termine ulteriore di due mesi, «la Commissione può (...) adottare una decisione con cui si richieda all'[ARN] interessata di ritirare il progetto di misura». Tale decisione «è accompagnata da un'analisi dettagliata e obiettiva dei motivi per i quali la Commissione considera che il progetto di misura non debba essere adottato, congiuntamente con proposte specifiche volte a emendare il progetto di misura». La Commissione può parimenti giungere alla conclusione che la misura de qua non ponga, in ultima analisi, problemi di compatibilità con il diritto comunitario. In tal caso, essa ritira le proprie censure, conformemente al punto 14 della raccomandazione 2003/561. L'avvio della seconda fase del procedimento non si conclude quindi necessariamente con una decisione di veto della Commissione.

⁸⁴ Si deve rilevare che il ruolo delle altre ARN a seguito della notificazione di un progetto di misure è limitato, contrariamente a quello della Commissione, alla formulazione di osservazioni ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21. Infatti, le altre ARN non sono legittimate a chiedere all'ARN notificante di ritirare il proprio progetto di misure.

— Sulla natura giuridica della comunicazione di cui all'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21

⁸⁵ L'atto impugnato nella specie consiste in una comunicazione di osservazioni della Commissione ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21.

- 86 La Vodafone ritiene che l'atto impugnato sia produttivo di effetti giuridici obbligatori tali da incidere sui propri interessi ai sensi della giurisprudenza richiamata supra al punto 69.
- 87 In primo luogo, essa afferma che, adottando l'atto impugnato, la Commissione ha approvato il progetto di misure ES/2005/0330 e ha deciso di non imporre la moratoria supplementare di due mesi prevista dall'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21 e di non avviare la seconda fase del procedimento prevista dalla disposizione stessa, privandola in tal modo di garanzie procedurali.
- 88 A tal riguardo, si deve rammentare che l'art. 8, n. 2, della direttiva 2002/21 impone alle ARN l'obbligo, segnatamente, di promuovere la concorrenza nella fornitura di reti di comunicazione elettronica, di servizi di comunicazione elettronica e di risorse e servizi correlati. Il progetto di misure ES/2005/0330, che ricade nell'art. 16, n. 4, della direttiva 2002/21, è volto alla realizzazione di tali obiettivi, imponendo obblighi regolamentari e specifici ai tre operatori di rete di comunicazioni mobili pubbliche attivi in Spagna che, a parere della CMT, dispongono congiuntamente di un significativo potere sul mercato.
- 89 Nell'ambito del procedimento che conduce all'adozione, da parte dell'ARN, di una misura definitiva ai sensi dell'art. 16, n. 4, della direttiva 2002/21, l'ARN interessata notifica, a termini dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, il proprio progetto di misure alla Commissione e alle altre ARN «per dar loro la possibilità di esprimere le proprie valutazioni» ('considerando' 15 della direttiva 2002/21). La procedura prevista dall'art. 7, n. 3, della direttiva medesima costituisce, quindi, una procedura di consultazione e di cooperazione tra l'ARN notificante, da un lato, e le altre ARN e la Commissione, dall'altro.
- 90 È certamente vero, come emerge dall'art. 1, n. 1, della direttiva 2002/21, che l'intervento della Commissione e delle altre ARN nell'ambito del procedimento di cui all'art. 7 della direttiva stessa mira a «garantire l'applicazione armonizzata del quadro normativo della Comunità».

91 Tuttavia, tale circostanza non implica che osservazioni formulate dalla Commissione ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva medesima siano produttive di effetti giuridici obbligatori.

92 In primo luogo, da un lato, se è pur vero che la direttiva 2002/21 attribuisce alla Commissione un ruolo importante nell'ambito delle procedure dirette a garantire l'applicazione armonizzata del quadro normativo in tutta la Comunità, resta il fatto che, a termini dell'art. 7, n. 2, e dell'art. 8, n. 3, lett. d), della direttiva stessa, le ARN vigilano sull'applicazione coerente del quadro normativo, cooperando, in modo trasparente, tra di loro e con la Commissione. Le ARN detengono quindi parimenti una responsabilità chiave per garantire l'applicazione coerente del quadro normativo nella Comunità sulla base di una cooperazione con la Commissione e con le altre ARN.

93 Dall'altro, si deve rilevare che gli effetti giuridici di una comunicazione ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 sono chiaramente precisati al n. 5 della disposizione medesima, a termini della quale l'ARN notificante «tiene nel massimo conto le osservazioni delle altre [ARN] e della Commissione». Tale formulazione evidenzia il carattere non vincolante di una comunicazione della Commissione ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21. In tal senso, si deve rilevare che l'art. 7, n. 5, della direttiva 2002/21 non prevede alcuna prevalenza delle osservazioni della Commissione rispetto a quelle formulate dalle altre ARN. A tal riguardo, il punto 17 della raccomandazione 2003/561 dispone che «qualora un'[ARN] che abbia ricevuto osservazioni della Commissione o di un'altra [ARN] formulate a norma dell'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva 2002/21 (...) adotti il progetto di misura, su richiesta della Commissione essa informa la Commissione e le altre [ARN] del modo in cui ha tenuto nella massima considerazione tali osservazioni». Pertanto, nel caso in cui le osservazioni di un'ARN e della Commissione fossero contraddittorie, l'ARN notificante non violerebbe l'art. 7, n. 5, della direttiva 2002/21 qualora, in esito ad un attento esame delle singole osservazioni, seguisse l'impostazione suggerita dall'altra ARN e non quella proposta dalla Commissione.

- 94 Peraltro, se, come pretende la Vodafone, la Commissione fosse legittimata ad autorizzare la misura nazionale notificata ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, non risulterebbe in tal caso sufficiente per l'ARN tenere nella massima considerazione la «decisione» della Commissione, quando, conformemente all'art. 249 CE, tale decisione fosse obbligatoria per il suo destinatario in tutti i suoi elementi.
- 95 In secondo luogo, il fatto che la Commissione possa avviare, in presenza dei requisiti indicati dall'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21, la seconda fase del procedimento da cui può scaturire una decisione di veto, non implica peraltro che sia la comunicazione di osservazioni della Commissione ex art. 7, n. 3, della direttiva medesima a conferire all'ARN interessata il diritto di adottare la misura nazionale prevista.
- 96 Si deve rammentare, a tal riguardo, che il progetto di misure ES/2005/0330, che la CMT ha notificato nella specie alla Commissione e alle altre ARN, costituisce una misura ai sensi dell'art. 16, n. 4, della direttiva 2002/21. Orbene, tale disposizione autorizza direttamente l'ARN interessata ad adottare la misura di cui trattasi, considerato che essa prevede che un'ARN che accerti che un mercato non sia effettivamente concorrenziale «individua le imprese che dispongono di un significativo potere di mercato» e «impone a tali imprese gli appropriati specifici obblighi di regolamentazione». Ancorché, in presenza delle circostanze indicate all'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21, la Commissione possa richiedere all'ARN interessata di ritirare un progetto di misure notificato quando la misura costituirebbe ostacolo al mercato unico o risulterebbe incompatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con gli obiettivi politici che le ARN dovrebbero rispettare, l'esercizio, da parte dell'ARN, dei poteri direttamente attribuiti dall'art. 16, n. 4, della direttiva 2002/21, non è subordinato ad alcuna «autorizzazione» da parte della Commissione. Da nessuna disposizione della direttiva 2002/21 emerge, peraltro, che il fatto che la Commissione non avvii la seconda fase del procedimento sarebbe assimilato ad una approvazione del progetto di misure notificato che autorizza l'ARN ad agire.

97 In terzo luogo, tenuto conto del ruolo consultivo attribuito alla Commissione e alle altre ARN nell'ambito del procedimento ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, una comunicazione di osservazioni della Commissione ai sensi della detta disposizione costituisce un atto comunitario preparatorio nell'ambito del procedimento che conduce all'adozione di una misura nazionale da parte dell'ARN interessata. Orbene, secondo costante giurisprudenza, gli atti preparatori adottati dalle istituzioni comunitarie non possono costituire oggetto di autonomo ricorso di annullamento (sentenza Paesi Bassi/Commissione, v. supra al punto 69, punto 35; sentenza del Tribunale 19 ottobre 2006, causa T-311/04, Buendía Sierra/Commissione, Racc. pag. II-4137, punto 98).

98 Certamente, un intervento della Commissione ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 non conduce all'adozione di un atto comunitario definito che può costituire oggetto di ricorso diretto dinanzi ai giudici comunitari.

99 Tuttavia, contrariamente a quanto sostiene la Vodafone, il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non impone l'impugnabilità dinanzi al Tribunale di una comunicazione di osservazioni ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21.

100 Si deve rilevare, a tal riguardo, che l'art. 4 della direttiva 2002/21 obbliga gli Stati membri ad istituire un meccanismo di ricorso contro le decisioni delle proprie ARN dinanzi ad un organo indipendente. Viene precisato che, nel caso in cui tale organo di ricorso non sia di natura giurisdizionale, le sue «decisioni sono impugnabili dinanzi ad una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 del Trattato».

101 La direttiva 2002/21 istituisce, quindi, un sistema di tutela giurisdizionale completo.

- 102 Da un lato, nel caso in cui, come nella specie, il ruolo della Commissione si sia limitato ad una consultazione nell'ambito di un procedimento a norma dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 che conduca, in linea di principio, all'adozione di una decisione da parte dell'ARN interessata, l'impugnazione è esperibile dinanzi ai rispettivi giudici nazionali che, conformemente all'art. 234 CE, possono adire in via pregiudiziale la Corte in ordine all'interpretazione della normativa comunitaria applicabile. Si deve sottolineare che avverso la decisione della CMT la Vodafone ha proposto ricorso dinanzi al Tribunal Supremo. Atteso che il rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE può vertere parimenti su atti comunitari non vincolanti (v., in tal senso, sentenze della Corte 13 dicembre 1989, causa 322/88, Grimaldi, Racc. pag. 4407, punto 8, e 8 aprile 1992, causa C-94/91, Wagner, Racc. pag. I-2765, punti 16 e 17), il giudice nazionale interessato potrà segnatamente verificare, per effetto di tale rinvio, se la comunicazione di osservazioni della Commissione a norma dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 si fondi su una corretta interpretazione del diritto comunitario.
- 103 D'altro canto, qualora la Commissione eserciti il proprio diritto di veto ai sensi dell'art. 7, n. 4, il procedimento non sfocia in una decisione nazionale, bensì nell'adozione di un atto comunitario avente effetti giuridici vincolanti impugnabile dinanzi al Tribunale.
- 104 In secondo luogo, la Vodafone tenta di dimostrare la natura vincolante della comunicazione della Commissione ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, ponendo in risalto il diritto di veto di cui dispone l'istituzione a norma dell'art. 7, n. 4, della direttiva medesima, che dimostrerebbe come essa eserciti, nell'ambito dell'art. 7, una funzione di natura decisionale.
- 105 A tal riguardo, si deve rammentare che l'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21 consente alla Commissione di «adottare una decisione con cui si richiama all'[ARN] interessata di ritirare il progetto di misura». Anche se l'esercizio effettivo del diritto di veto fa sorgere effetti giuridici vincolanti, in quanto l'ARN interessata non sarebbe più autorizzata ad adottare la misura prevista, si deve ritenere che il mancato esercizio del diritto di veto sia assimilabile alla mancata adozione di una decisione che non fa sorgere alcun effetto giuridico vincolante (v., in tal senso, sentenza della Corte 13 luglio 2004, causa C-27/04, Commissione/Consiglio, Racc. pag. I-6649, punti 31-34).

- 106 Ne consegue che laddove la Commissione, come nella specie, si limiti a formulare osservazioni a norma dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 e non eserciti il proprio diritto di veto previsto dall'art. 7, n. 4, il suo intervento resta privo di effetti giuridici vincolanti. Laddove l'ARN decida di adottare la misura nazionale, gli effetti giuridici vincolanti che scaturiscono da tale misura sono riconducibili all'ARN de qua e non alle osservazioni della Commissione ovvero al mancato avvio del procedimento ex art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21.
- 107 A tal riguardo, i procedimenti previsti dall'art. 7, nn. 3 e 4, della direttiva 2002/21 si distinguono da quelli in materia di aiuti di Stato e di controllo delle concentrazioni, per i quali la relativa normativa prevede espressamente che il mancato esercizio, da parte della Commissione, dei propri poteri entro un certo lasso di tempo equivale ad una decisione implicita di autorizzazione. Infatti, qualora la Commissione non abbia adottato decisioni, entro il termine di venticinque giorni lavorativi o di due mesi successivi alla notificazione, rispettivamente, della concentrazione o della misura di aiuti, la concentrazione o la misura di aiuti de qua viene considerata compatibile con il mercato comune, a termini dell'art. 10, n. 6, del regolamento n. 139/2004 e dell'art. 4, n. 6, del regolamento n. 659/1999. Tuttavia, nessuna disposizione della direttiva 2002/21 prevede che il mancato esercizio da parte della Commissione dei poteri conferitile dall'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21 equivalga ad una decisione implicita di autorizzazione della misura nazionale. Orbene, in assenza di una disposizione di diritto comunitario che fissi un termine scaduto il quale si ritenga formata una decisione implicita, e che definisca il contenuto di tale decisione, la mancata adozione di una decisione da parte di un'istituzione comunitaria non può essere considerata quale atto impugnabile ai sensi dell'art. 230 CE (v., in tal senso, sentenza Commissione/Consiglio, cit. supra al punto 105, punti 32 e 34).
- 108 In terzo luogo, la Vodafone si richiama, ripetutamente, alla sentenza *Infront WM/Commissione*, cit. supra al punto 53, a sostegno della propria tesi secondo cui la lettera 30 gennaio 2006 costituirebbe un atto impugnabile ai sensi dell'art. 230 CE.
- 109 Il fatto che il ricorso sia stato dichiarato ricevibile dal Tribunale nella sentenza *Infront WM/Commissione*, cit. supra al punto 53, non consente di affermare la ricevibilità del presente ricorso.

110 Si deve, infatti, anzitutto ricordare che nella causa da cui è scaturita la sentenza *Infront WM/Commissione*, cit. supra al punto 53, l'atto impugnato era costituito da una comunicazione della Commissione ai sensi dell'art. 3 bis della direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (GU L 298, pag. 23), modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 30 giugno 1997, 97/36/CE (GU L 202, pag. 60). La direttiva 89/552 era volta a facilitare la libera circolazione delle emissioni televisive all'interno della Comunità, tenendo conto, al tempo stesso, delle specificità, particolarmente culturali e sociologiche, dei programmi audiovisivi. Essa consentiva, segnatamente, agli Stati membri di prendere misure destinate a proteggere il diritto all'informazione e a garantire un largo accesso del pubblico alle ritrasmissioni televisive di avvenimenti nazionali o meno, di importanza maggiore per la società. In tale contesto, la direttiva prevedeva che gli Stati membri conservassero il diritto di prendere misure, compatibili con il diritto comunitario, al fine di regolamentare l'esercizio, da parte degli enti di radiodiffusione televisiva soggetti alla loro competenza, dei diritti esclusivi di ritrasmissione di tali eventi. Ai fini del mutuo riconoscimento da parte degli altri Stati membri ai sensi dell'art. 3 bis, n. 3, della direttiva 89/552, le misure prese o previste da uno Stato membro dovevano essere notificate alla Commissione. L'art. 3 bis, n. 2, della direttiva prevedeva, a tal riguardo, che la Commissione verificasse, entro il termine di tre mesi successivi alla loro notificazione, che le misure statali fossero compatibili con il diritto comunitario. Le misure così approvate dalla Commissione venivano poi pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale.

111 L'atto impugnato nella causa da cui è scaturita la sentenza *Infront WM/Commissione*, cit. supra al punto 53, era costituito da una comunicazione della Commissione in cui l'istituzione aveva accertato la compatibilità di misure disposte nel Regno Unito notificate sulla base dell'art. 3 bis della direttiva 89/552. A parere del Tribunale, tale «lettera [produceva] (...) effetti giuridici in capo agli Stati membri, in quanto [prevedeva] la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle misure statali in questione, [avendo] tale pubblicazione (...) per effetto di avviare il meccanismo di riconoscimento reciproco di tali misure, previsto dall'art. 3 bis, n. 3, della direttiva [89/552]» (punto 95). Il Tribunale sottolinea a tal riguardo che, a termini dell'art. 3 bis, nn. 2 e 3, della direttiva 89/552, «il riconoscimento reciproco delle misure nazionali notificate è subordinato alla verifica della compatibilità di queste ultime col diritto comunitario» (punto 101).

- 112 Per contro, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 7 della direttiva 2002/21, non si tratta per l'ARN notificante di ottenere, mediante la propria notificazione, effetti giuridici negli altri Stati membri. La notificazione viene effettuata nell'ambito della procedura di consultazione e di cooperazione tra le ARN e la Commissione, al fine di garantire la coerente applicazione del quadro normativo. Le osservazioni formulate dalla Commissione nella comunicazione ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, quale l'atto impugnato nella specie, non producono alcun effetto giuridico vincolante nei confronti né dell'ARN notificante né delle altre ARN. Si tratta unicamente di osservazioni che, al pari delle osservazioni ricevute dalle altre ARN, l'ARN notificante è invitata a tenere nella massima considerazione.
- 113 In quarto luogo, l'argomento della Vodafone, secondo cui la lettera 30 gennaio 2006 costituirebbe una decisione implicita di non avviare la seconda fase del procedimento prevista dall'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21 e che, conseguentemente, dovrebbe essere impugnabile ai fini della salvaguardia dei diritti procedurali di cui essa avrebbe beneficiato nel corso di tale seconda fase, dev'essere parimenti respinto.
- 114 Ancorché, eccezionalmente, la Corte sia stata indotta a qualificare come atto impugnabile la decisione di avviare un procedimento (v., per quanto attiene alla decisione di avviare il procedimento ex art. 88, n. 2, CE, la sentenza della Corte 9 ottobre 2001, causa C-400/99, Italia/Commissione, Racc. pag. I-7303), si deve necessariamente rilevare che, sino ad ora, il giudice comunitario non ha mai qualificato come atto impugnabile una decisione di non avviare un procedimento.
- 115 Anche ammesso che la salvaguardia dei diritti procedurali di una parte interessata possa essere tale da incidere sulla impugnabilità della decisione di non avviare un determinato procedimento, occorre ancora verificare, ai sensi della direttiva 2002/21, che Vodafone beneficiasse di diritti procedurali che il Tribunale dovrebbe garantire.

- 116 A tal riguardo si deve rammentare, anzitutto, che l'art. 6 della direttiva 2002/21 prevede che le ARN, laddove intendano adottare misure in applicazione della direttiva medesima aventi un impatto rilevante sul relativo mercato, devono dare alle «parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole».
- 117 Inoltre, l'art. 4, n. 1, della direttiva 2002/21 prevede il diritto di ricorso effettivo dinanzi ai giudici nazionali contro le decisioni delle ARN.
- 118 I diritti processuali che l'art. 6 della direttiva 2002/21 riconosce alle parti interessate nell'ambito del procedimento dinanzi all'ARN devono essere pertanto tutelati dinanzi ai giudici nazionali.
- 119 L'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 non attribuisce diritti procedurali supplementari alle parti interessate, considerato che tale procedimento non conduce all'adozione di un atto comunitario produttivo di effetti giuridici vincolanti. Il procedimento ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 riguarda, quindi, esclusivamente le relazioni tra l'ARN interessata, da un lato, e le altre ARN e la Commissione, dall'altro, che possono presentarle osservazioni. Tuttavia, nel contesto di tale procedimento, la Commissione, affinché possa prendere utilmente posizione, viene informata in merito alle informazioni delle parti interessate presentate nell'ambito del procedimento nazionale. Infatti, a termini del punto 6, lett. f), della raccomandazione 2003/561, l'ARN notificante deve presentare alla Commissione «i risultati della consultazione pubblica preliminare effettuata dall'[ARN]».

120 L'approccio del legislatore comunitario, inteso a far rispettare i diritti procedurali delle parti interessate a livello nazionale, trova spiegazione nel fatto che, nell'ambito del quadro normativo istituito dalla direttiva 2002/21, le misure che incidono sugli interessi delle imprese operanti sui mercati delle comunicazioni elettroniche, particolarmente quelle di cui all'art. 16 della direttiva, vengono adottate dalle ARN e non dalla Commissione.

121 Per quanto attiene alla procedura applicabile nel caso in cui la Commissione esprima gravi dubbi quanto alla compatibilità con il diritto comunitario di una misura notificata, si deve anzitutto rilevare che l'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21 nulla dice in ordine ad un'eventuale partecipazione delle parti interessate a tale procedimento. Sebbene la Commissione affermi che l'avvio della seconda fase del procedimento, ai sensi dell'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21, viene pubblicata sul sito internet della Commissione con invito per le parti interessate a presentare le loro osservazioni entro il termine di cinque giorni lavorativi, il mancato avvio di tale procedimento non incide sui diritti procedurali di una parte interessata. Infatti, il mancato avvio del procedimento ex art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21 implica che la decisione finale nella vertenza sarà presa a livello nazionale. Orbene, i diritti procedurali di cui le parti interessate beneficiano nel caso in cui la Commissione si limiti a formulare osservazioni ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 vengono tutelati dinanzi ai giudici nazionali. In tal senso, se la Vodafone ritiene, come affermato nell'ambito del suo terzo motivo, di non aver potuto presentare osservazioni relative ad informazioni essenziali, vale a dire quelle che sarebbero state presentate per la prima volta nel procedimento dinanzi alla Commissione, tale motivo potrà ben essere dedotto dinanzi al giudice nazionale.

122 Nessuna violazione dei diritti procedurali a livello comunitario può essere quindi invocata qualora la Commissione si limiti, come avvenuto nella specie, a formulare osservazioni non vincolanti ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21.

- ¹²³ La giurisprudenza in materia di controllo delle concentrazioni ed in materia di aiuti di Stato richiamata dalla Vodafone risulta priva di alcuna pertinenza nella specie.
- ¹²⁴ In primo luogo, nella giurisprudenza invocata dalla Vodafone, il ricorso non era diretto all'annullamento di una decisione di diniego di avvio di una seconda fase del procedimento. Il ricorso mirava, infatti, all'annullamento di un atto produttivo di effetti giuridici vincolanti che, a parere delle singole ricorrenti interessate, sarebbe stato adottato in violazione dei rispettivi diritti procedurali.
- ¹²⁵ In tal senso, per quanto attiene al controllo degli aiuti di Stato, la questione del rispetto dei diritti procedurali è stata invocata nell'ambito di un ricorso diretto contro la decisione di non sollevare obiezioni ai sensi dell'art. 4, n. 3, del regolamento n. 659/1999 (sentenze Cook/Commissione e Matra/Commissione, cit. supra al punto 64; sentenza Air One/Commissione, cit. supra al punto 64, punti 30-31). Dichiarando espressamente l'aiuto in questione compatibile con il mercato comune, una siffatta decisione produce effetti giuridici vincolanti.
- ¹²⁶ Per quanto attiene al controllo delle concentrazioni, la questione del rispetto dei diritti procedurali è stata sollevata nell'ambito di un ricorso diretto contro una decisione della Commissione ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. a), del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064 (GU L 395, pag. 1) [divenuto art. 6, n. 1, lett. a), del regolamento n. 139/2004], con cui si dichiarava che l'operazione notificata non costituiva una concentrazione (sentenza Assicurazioni Generali e Unicredito/Commissione, cit. supra al punto 62) ovvero contro una decisione ex art. 9, n. 1, del regolamento n. 4064/89 [divenuto art. 9, n. 1, del regolamento n. 139/2004] che rinviava il controllo sulla concentrazione alla rispettiva autorità nazionale (sentenza Royal Philips Electronics/Commissione, cit. supra al punto 62). Decisioni di tal genere sono parimenti produttive di effetti giuridici vincolanti, avendo ad effetto un cambiamento del regime giuridico applicabile all'operazione di cui trattasi, vale

a dire l'art. 81 CE e la procedura autonoma e distinta prevista dal regolamento n. 1/2003 (sentenza Assicurazioni Generali e Unicredito/Commissione, cit. supra al punto 62, punto 41) o la normativa nazionale sulle concentrazioni (sentenze del Tribunale Royal Philips Electronics/Commissione, cit. supra al punto 62, punto 282, e 30 swttwmbre 2003, cause riunite T-346/02 e T-347/02, Cableuropa e a./Commissione, Racc. pag. II-4251, punti 59 e 60).

¹²⁷ Nella specie, tuttavia, l'atto impugnato non dichiara espressamente che la misura notificata sia compatibile con il diritto comunitario né produce l'effetto di modificare il diritto applicabile alla misura notificata. Il quadro normativo istituito dalla direttiva 2002/21 era applicabile già prima della notificazione della misura alla Commissione e resta applicabile indipendentemente dalla posizione assunta dall'istituzione nella lettera 30 gennaio 2006. L'atto impugnato non produce, quindi, effetti giuridici vincolanti e le soluzioni accolte dalle sentenze citate al punto precedente non possono essere pertanto trasposte al caso di specie.

¹²⁸ In secondo luogo, si deve rilevare che il controllo degli aiuti di Stato e delle concentrazioni di dimensioni comunitarie ricade nella competenza esclusiva della Commissione, conformemente, rispettivamente, all'art. 88, n. 3, CE (v., in tal senso, sentenza della Corte 22 marzo 1977, causa 78/76, Steinike & Weinlig, Racc. pag. 595, punto 9), nonché all'art. 21, n. 2, del regolamento n. 139/2004. Solamente la Commissione può quindi pronunciarsi, con riserva di controllo da parte del giudice comunitario, in ordine alla compatibilità di una concentrazione o di un aiuto di Stato con il mercato comune. Ne consegue che le parti interessate possono far utilmente valere le loro eventuali osservazioni unicamente a livello comunitario. Nella specie, tuttavia, tenuto conto del fatto che le misure previste dalla direttiva 2002/21 vengono adottate, in linea di principio, a livello nazionale e non dalla Commissione, è sufficiente che le parti interessate vengano sentite a livello nazionale, quantomeno qualora la Commissione si limiti a formulare osservazioni ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21. Infatti, nulla impedisce alle parti interessate di invocare dinanzi alle autorità e ai giudici nazionali la questione della compatibilità con il diritto comunitario della misura progettata.

129 Gli argomenti della Vodafone relativi alla salvaguardia dei suoi diritti procedurali non consentono quindi tampoco di qualificare l'atto impugnato quale atto impugnabile ai sensi dell'art. 230 CE.

130 In quinto luogo, la Vodafone sottolinea che, in vari documenti, la Commissione avrebbe qualificato come «decisione» le lettere ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21. Essa si riferisce, a tal riguardo, al comunicato stampa del 31 gennaio 2006 (IP/06/97) concernente l'atto impugnato, alla richiesta di informazioni complementari rivolta alla CMT, alla decisione 11 maggio 2006 di diniego di accesso alla documentazione, ai sensi del regolamento n. 1049/2001, alla comunicazione COM(2006) 28 def. (pagg. 5 e 10), alla raccomandazione 2003/561 e al memorandum 06/59 del 7 febbraio 2006, al comunicato stampa del 20 ottobre 2006 (IP/06/1439) nonché al discorso pronunciato il 16 novembre 2006 dal membro della Commissione competente per la società dell'informazione.

131 Si deve tuttavia necessariamente rilevare che l'utilizzazione del termine «decisione» da parte della Commissione nei detti documenti, di cui taluni erano destinati al grande pubblico, non può essere ricondotta al termine giuridico di decisione nel senso di cui all'art. 249 CE. Infatti, in nessuno dei documenti citati al punto precedente, la Commissione afferma che le sue osservazioni ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 sarebbero produttive di effetti giuridici cogenti ovvero vincolerebbero le ARN.

132 Al contrario, il comunicato stampa del 31 gennaio 2006 relativo all'atto impugnato conferma che le osservazioni della Commissione ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 sono privi di effetti giuridici vincolanti. Infatti, in tale comunicato stampa, la Commissione sottolinea che «il meccanismo di consultazione dell'art. 7 non costituisce un regime di approvazione».

- 133 In ogni caso, anche qualora i documenti citati supra al punto 130 facessero apparire un'erronea percezione da parte della Commissione del proprio ruolo nell'ambito del procedimento previsto dall'art. 7 della direttiva 2002/21, cosa che tuttavia non è avvenuta, tale circostanza non inciderebbe sul quadro normativo applicabile, secondo cui la Commissione formula unicamente «osservazioni» ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 che l'ARN notificante «tiene nella massima considerazione».
- 134 Ne consegue che dal contesto in cui l'atto impugnato è stato adottato emerge che l'atto stesso non è produttivo di effetti giuridici vincolanti.

Sul contenuto dell'atto impugnato

- 135 Occorre ancora esaminare il contenuto dell'atto impugnato al fine di valutare se quest'ultimo, malgrado il quadro normativo applicabile, fosse nondimeno diretto a produrre effetti giuridici vincolanti.
- 136 Dal contenuto della lettera 30 gennaio 2006 emerge che la Commissione non ha minimamente inteso conferirle effetti giuridici vincolanti.
- 137 In tal senso, nel primo commento effettuato nell'atto impugnato relativo alla situazione della concorrenza sul mercato al dettaglio, la Commissione ha rilevato che la CMT non aveva accertato alcuna posizione dominante collettiva sul mercato al dettaglio, osservando, a tal riguardo, che «per poter accertate un [potere congiunto significativo] sul mercato all'ingrosso di accesso e di uscita da apparecchi mobili, non [era] indispensabile individuare un [potere congiunto significativo] sul mercato al dettaglio». La Commissione si è poi rivolta alla situazione della «concorrenza sul mercato al dettaglio» analizzando se essa fosse concludente riguardo all'accertamento di un significativo potere congiunto sul mercato all'ingrosso. La Commissione ha inoltre

commentato «il livello di redditività sul mercato al dettaglio» che la CMT doveva dimostrare per poter accertare l'esistenza di un incitamento alla collusione tacita sul mercato all'ingrosso, precisando che «l'accertamento di una posizione dominante collettiva [sollevava] questioni particolarmente complesse di natura economica», prima di osservare che, per quanto i dati di portata globale fossero «apprezzabili ed indicativi, i dati relativi all'evoluzione dei prezzi ad un livello più specifico offrirebbero indicazioni migliori». Conseguentemente, la Commissione ha invitato la CMT a sorvegliare, «ai fini di una futura analisi del mercato», l'evoluzione dei prezzi al dettaglio per segmento di mercato e/o per profili di consumatore. L'istituzione ha infine rilevato che il mercato al dettaglio sembrava presentare una serie di caratteristiche strutturali che, apparentemente, incitavano sufficientemente gli operatori a rifiutare collettivamente l'accesso agli operatori di reti virtuali mobili.

¹³⁸ Il primo commento dell'atto impugnato incide sulla posizione giuridica della CMT tutt'al più per quanto attiene alle future analisi di mercato che essa effettuerà. Tuttavia, esso non incide minimamente sulla posizione giuridica della CMT per quanto riguarda l'adozione della misura notificata alla Commissione (e alle altre ARN) e, tanto meno, sulla posizione giuridica della Vodafone.

¹³⁹ In un secondo commento, riguardante il punto di convergenza, la Commissione ha rilevato nell'atto impugnato che la CMT aveva accertato la sussistenza di un punto di convergenza trasparente, consistente nel diniego di accesso al mercato all'ingrosso opposto ai terzi. Malgrado la mancata individuazione, da parte della CMT, di un punto di convergenza sul mercato al dettaglio, cosa non indispensabile, la Commissione ha ritenuto plausibile nell'atto impugnato, per quanto attiene all'allineamento delle strategie commerciali dei tre operatori di rete, che la minima deviazione verso una concorrenza più aggressiva a livello dei prezzi potesse essere facilmente individuata.

¹⁴⁰ Tale secondo commento risulta parimenti, alla luce del suo contenuto, non diretto a produrre effetti giuridici vincolanti.

141 Nel terzo commento, concernente il meccanismo di ritorsione, la Commissione osserva, per quanto attiene al mercato all'ingrosso, che tale meccanismo poteva essere «attuato», ma che la «CMT avrebbe potuto fornire anzitutto dati probanti» sulla questione «se il meccanismo medesimo potesse essere più immediato e se [fosse] sufficientemente dissuasivo per disciplinare l'impresa deviante». Essa ha poi aggiunto che le «ARN sono invitate a valutare, nell'ambito di un'analisi di mercato, se gli altri operatori di reti mobili non devianti potessero facilmente concludere contratti con un [operatore di reti virtuali mobili] il cui ingresso e strategia commerciale specifica fossero idonei a disciplinare l'operatore di reti mobili deviante». La Commissione ha esaminato le possibilità di ritorsione sul mercato al dettaglio, parimenti menzionate dalla CMT. Essa ha ritenuto che su tale mercato esistessero, complessivamente, meccanismi di ritorsione credibili.

142 Tale commento contenuto nell'atto impugnato non modifica tantomeno la posizione giuridica della CMT per quanto attiene all'adozione della misura notificata alla Commissione (e alle altre ARN) e in misura ancor minore la posizione giuridica della Vodafone.

143 In un quarto commento, riguardante la vigilanza stretta del mercato e l'ingresso del quarto operatore di reti mobili, la Commissione ha osservato, nell'atto impugnato, che la Xfera non aveva fatto ancora ingresso sul mercato ed ha invitato «le autorità spagnole a riflettere su misure appropriate al fine di garantire un'utilizzazione efficace dello spettro disponibile». La Commissione ha consigliato alla CMT di sorvegliare attentamente le conseguenze di un possibile ingresso della Xfera nel 2006 sul carattere durevole della posizione dominante collettiva ed ha aggiunto che qualsiasi «prova concreta di evoluzioni sul mercato al dettaglio, non connesse alle misure regolamentari sul mercato pertinente, che sollevi il dubbio sul carattere durevole della posizione dominante collettiva renderebbe necessaria una nuova analisi del mercato pertinente». L'istituzione ha ricordato che tale analisi dovrebbe essere notificata ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21.

144 Nemmeno tale commento dell'atto impugnato modifica la posizione giuridica della CMT per quanto attiene all'adozione della misura notificata alla Commissione (nonché alle altre ARN) e, tanto meno, la posizione giuridica della Vodafone. Viene unicamente imposto alla CMT l'obbligo di sorvegliare attentamente l'ingresso del quarto operatore di reti mobili sul mercato interessato e di effettuare, eventualmente, una nuova analisi di mercato. Il fatto che tale analisi debba essere notificata alla Commissione (nonché alle altre ARN) deriva direttamente dall'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 che impone l'obbligo di previa notificazione per le analisi di mercato di cui all'art. 16 della detta direttiva.

145 Infine, la Commissione conclude la propria comunicazione sottolineando che le informazioni supplementari che la CMT le aveva fornito nel corso del processo di notificazione erano state determinanti ai fini della propria notificazione della CMT e chiede a quest'ultima «di fondare la propria misura finale sulle informazioni disponibili più recenti».

146 Tale elemento sembra costituire piuttosto una raccomandazione o un consiglio che non un obbligo giuridico vincolante. In ogni caso, tale commento non incide sulla posizione giuridica della ricorrente.

147 Dall'analisi dei singoli commenti formulati dalla Commissione nell'atto impugnato non emerge, quindi, che questo sia diretto a produrre effetti giuridici vincolanti. In ogni caso, dev'essere rammentato che, secondo costante giurisprudenza, indipendentemente dai motivi sui quali un atto si fonda, unicamente il suo dispositivo è idoneo a produrre effetti giuridici (sentenze del Tribunale 17 settembre 1992, causa T-138/89, NBV e NVB/Commissione, Racc. pag. II-2181, punto 31, e 19 marzo 2003, causa T-213/00, CMA CGM e a./Commissione, Racc. pag. II-913, punto 186). Orbene, si deve necessariamente rilevare che l'atto impugnato non contiene alcun dispositivo.

148 Tuttavia, secondo la Vodafone, la dichiarazione seguente, contenuta alla fine dell'atto impugnato, ne costituirebbe il dispositivo: «conformemente all'art. 7, n. 5, della direttiva [2002/21], la CMT deve tenere nella massima considerazione le osservazioni formulate dalle altre ARN e dalla Commissione e può adottare il progetto di misura finale comunicandolo, eventualmente, alla Commissione». La Vodafone fa valere l'omissione, in tale citazione, dell'inciso «salvo nei casi di cui al paragrafo 4» che figura all'art. 7, n. 5, della direttiva 2002/21.

149 A tal riguardo, è sufficiente rilevare che la riproduzione dell'art. 7, n. 5, della direttiva 2002/21 non fa che confermare il carattere non vincolante dell'atto impugnato (v. supra punto 93). L'omissione cui fa riferimento la Vodafone trova spiegazione nel fatto che l'atto impugnato si colloca interamente nell'ambito del procedimento di cui all'art. 7, n. 3, e che i requisiti previsti dall'art. 7, n. 4, della stessa direttiva 2002/21 non ricorrono. Orbene, solamente l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21 avrebbe potuto condurre, nella specie, all'adozione di una misura produttiva di effetti giuridici vincolanti.

150 Ne consegue che né il contenuto dell'atto impugnato né il contesto giuridico in cui è stato adottato evidenziano che l'atto medesimo costituirebbe un atto produttivo di effetti giuridici cogenti. Non si tratta, quindi, di un atto impugnabile ai sensi dell'art. 230 CE. Conseguentemente, il ricorso dev'essere dichiarato irricevibile.

151 In ogni caso, il Tribunale ritiene che, nell'ipotesi in cui l'atto impugnato costituisse un atto impugnabile, la Vodafone, per i motivi esposti in prosieguo, non sarebbe legittimata ad agire.

2. Sulla legittimazione attiva della Vodafone

Argomenti delle parti

- 152 La Commissione e il Regno di Spagna sostengono che la Vodafone non sia direttamente interessata dall'atto impugnato ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE.
- 153 La Vodafone ritiene di essere direttamente interessata dall'atto impugnato. Infatti, l'adozione della decisione da parte della CMT sarebbe stata automatica alla luce del contenuto dell'atto impugnato. L'eventualità che la CMT non desse seguito all'atto impugnato sarebbe puramente teorica ed il suo intendimento di agire in senso conforme alle osservazioni della Commissione sarebbe indubbio (sentenze della Corte 23 novembre 1971, causa 62/70, Bock/Commissione, Racc. pag. 897; 17 gennaio 1985, causa 11/82, Piraiki-Patraiki e a./Commissione, Racc. pag. 207, punti 8-10, e 5 maggio 1998, causa C-386/96 P, Dreyfus/Commissione, Racc. pag. I-2309, punto 44; sentenza Cableuropa e a./Commissione, cit. supra al punto 126, punto 66). Il fatto che la CMT abbia inteso dare attuazione alla misura progettata non appena ricevuta l'approvazione della Commissione emergerebbe dal fatto che, il 31 gennaio 2006, all'indomani della data di adozione dell'atto impugnato da parte della Commissione e prima che la CMT si fosse riunita per adottare la misura progettata, essa aveva pubblicato un comunicato stampa in cui si faceva presente che, poiché la sua analisi aveva ricevuto l'approvazione della Commissione, essa avrebbe imposto gli obblighi regolamentari progettati per garantire l'accesso dei terzi alle reti dei tre operatori mobili.
- 154 La Vodafone sostiene, a tal riguardo, l'esistenza di un'analogia tra il caso di specie e la controversia da cui è scaturita la sentenza Bock/Commissione, cit. supra al punto 153, in cui la Corte avrebbe affermato che l'autorizzazione concessa dalla Commissione ad uno Stato membro di negare una licenza di importazione riguardava direttamente la ricorrente nella specie, in quanto gli uffici tedeschi competenti le avevano fatto sapere che avrebbero respinto la sua domanda non appena sarebbero stati in possesso di un'adeguata autorizzazione della Commissione (punto 7 della sentenza).

- 155 Il procedimento nella specie può essere parimenti paragonato, a parere della Vodafone, ai procedimenti in materia di controllo delle concentrazioni e in materia di aiuti di Stato, atteso che anche in tali procedimenti la decisione della Commissione non impone di dare attuazione alla concentrazione o all'aiuto di Stato notificato, bensì rimuove semplicemente l'ultimo ostacolo all'adozione della misura notificata, il che non impedirebbe alla decisione della Commissione di produrre effetti diretti, anche nei confronti dei terzi (sentenza del Tribunale 4 luglio 2006, causa T-177/04, easyJet/Commissione, Racc. pag. II-1931, punto 32). La Vodafone precisa inoltre che l'atto impugnato ha inciso direttamente sulla propria posizione giuridica, privandola di diritti procedurali di cui avrebbe goduto nel corso della seconda fase dell'esame.
- 156 Infine, l'atto impugnato riguarderebbe individualmente la Vodafone, ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE, circostanza che non sarebbe peraltro contestata dalla Commissione. La Vodafone sottolinea a tal riguardo di aver fatto parte di un gruppo di sole tre imprese, specificamente interessate dell'atto impugnato, di essere stata oggetto dell'imposizione di obblighi di controllo ex ante ai sensi dell'art. 16 della direttiva 2002/21 e di essere inoltre una parte interessata ai sensi dell'art. 6 della direttiva medesima. Essa rileva parimenti di aver partecipato al procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione nel corso della prima fase dell'esame del progetto di misura ES/2005/0330, di aver presentato osservazioni relative al progetto di misura, precisando che essa avrebbe avuto il diritto di partecipare al procedimento approfondito dinanzi alla Commissione in caso di avvio della seconda fase.

Giudizio del Tribunale

- 157 Secondo giurisprudenza costante, a termini dell'art. 230, quarto comma, CE, i singoli possono impugnare un atto o una decisione produttiva di effetti giuridici nei loro confronti solamente qualora tale atto o tale decisione li riguardi direttamente ed individualmente (sentenze della Corte 15 luglio 1963, causa 25/62, Plaumann/Commissione, Racc. pag. 197, pag. 220, e 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio, Racc. pag. I-6677, punto 44; v., parimenti, in

tal senso, sentenza *Royal Philips Electronics/Commissione*, cit. supra al punto 62, punti 272 e 291).

¹⁵⁸ Per incidere su una persona fisica o giuridica, il provvedimento comunitario contestato deve produrre direttamente effetti sulla sua situazione giuridica e la sua applicazione deve avere carattere meramente automatico e derivare dalla sola normativa comunitaria senza intervento di altre norme intermedie (sentenze *Dreyfus/Commissione*, cit. supra al punto 153, punto 43; *Royal Philips Electronics/Commissione*, cit. supra al punto 62, punto 272; ordinanza del Tribunale 9 gennaio 2007, causa T-127/05, *Lootus Teine Osäühing/Consiglio*, punto 39).

¹⁵⁹ Ciò avviene, segnatamente, nel caso in cui la possibilità per i destinatari di non dare seguito a tale provvedimento sia puramente teorica, in quanto la loro volontà di trarre conseguenze conformi a quest'ultimo è fuori dubbio (sentenze *Piraiki-Patraiki e a./Commissione*, cit. supra al punto 153, punti 8-10, e *Dreyfus/Commissione*, cit. supra al punto 153, punto 44; sentenze del Tribunale 15 settembre 1998, causa T-54/96, *Oleifici Italiani e Fratelli Rubino/Commissione*, Racc. pag. II-3377, punto 56, e *Royal Philips Electronics/Commissione*, cit. supra al punto 62, punto 273).

¹⁶⁰ Orbene, tale ipotesi non ricorre nella specie, tenuto conto del ruolo centrale svolto dalle ARN al fine di conseguire gli obiettivi della direttiva 2002/21 (v. supra, ai punti 72-74). La procedura ex art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 costituisce, infatti, una procedura di consultazione e di cooperazione tra le ARN e la Commissione nell'ambito del quale non solo la Commissione, bensì parimenti le altre ARN possono formulare, a termini dell'art. 7, n. 3, della direttiva medesima, osservazioni su un progetto di misura notificato. Sebbene, a norma dell'art. 7, n. 5, la CMT debba tenere «nel massimo conto le osservazioni delle altre [ARN] e della Commissione», essa dispone di un ampio margine di manovra per determinare il contenuto della misura

finale, in modo che l'atto comunitario fondato sull'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21 non può essere considerato direttamente produttivo di effetti sulla situazione giuridica delle imprese interessate.

¹⁶¹ La Vodafone non può sostenere che la possibilità per l'ARN di non adottare un progetto di misura, una volta presentate le osservazioni della Commissione, sia solamente teorica. Infatti, per quanto vi siano forti probabilità che l'ARN interessata adotti effettivamente il progetto di misura, spetta ad essa unicamente la decisione di adottare la misura stessa e di determinarne il contenuto.

¹⁶² Gli effetti giuridici dell'atto impugnato nella specie — laddove questo costituisca un atto impugnabile — differiscono quindi fundamentalmente dagli effetti giuridici di una decisione della Commissione che dichiara un aiuto di Stato o una concentrazione compatibili con il mercato comune. Infatti, il destinatario di una siffatta decisione non dispone più di alcun margine di manovra per determinare il contenuto della misura finale, laddove il destinatario di osservazioni, ai sensi dell'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21, conserva tale margine di manovra.

¹⁶³ La situazione della CMT nella specie differisce anche fundamentalmente da quella delle autorità tedesche nella causa da cui è scaturita la sentenza Bock/Commissione, cit. supra al punto 153. In tale controversia, infatti, le autorità tedesche avevano chiesto l'autorizzazione alla Commissione per negare una concessione di una licenza di importazione. Le autorità tedesche avevano fatto sapere alla ricorrente che la sua domanda sarebbe stata respinta non appena esse fossero state in possesso dell'autorizzazione della Commissione. L'autorizzazione concessa dalla Commissione inci-

deva quindi direttamente sulla situazione giuridica della ricorrente. Nella specie, tuttavia, alla luce del margine di manovra, ancorché eventualmente ridotto, di cui dispone la CMT nell'attuazione dell'atto impugnato, si deve ritenere che l'atto stesso non abbia inciso direttamente sulla situazione giuridica della Vodafone.

¹⁶⁴ L'argomento della Vodafone, secondo cui essa sarebbe direttamente interessata dall'atto impugnato in considerazione dei diritti procedurali di cui sarebbe stata privata per effetto della decisione di non dare avvio alla seconda fase del procedimento previsto dall'art. 7, n. 4, della direttiva 2002/21, non può, neanch'esso, trovare accoglimento.

¹⁶⁵ Si deve rammentare a tal riguardo che, tenuto conto del fatto che le misure di cui all'art. 16 della direttiva 2002/21 vengono prese dalle ARN, l'art. 6 della direttiva stessa riconosce alle parti interessate diritti procedurali nell'ambito del procedimento dinanzi all'ARN che i giudici nazionali sono tenuti a garantire a termini del precedente art. 4. Nell'ambito di tale procedimento nazionale, le parti interessate possono far valere le loro osservazioni circa l'eventuale incompatibilità della misura con il mercato comune.

¹⁶⁶ Il caso di specie si distingue, pertanto, dalle controversie relative agli aiuti di Stato e al controllo delle concentrazioni cui la Vodafone si è richiamata. Considerato che la Commissione possiede competenza esclusiva nella valutazione della compatibilità con il mercato comune di un aiuto di Stato o di una concentrazione di dimensioni comunitarie, il mancato avvio della seconda fase del procedimento può impedire alle parti interessate di far valere le loro osservazioni dinanzi all'unica autorità competente. Nella specie, tuttavia, la Vodafone ha potuto formulare osservazioni dinanzi alle autorità competenti all'adozione della decisione finale, vale a dire la CMT, e ha potuto far valere la violazione dei propri diritti procedurali dinanzi al giudice nazionale. Il mancato avvio della seconda fase del procedimento non l'ha quindi privata dei diritti procedurali attribuitile dalla direttiva 2002/21.

167 Si deve quindi ritenere, in conclusione, che la Vodafone non è direttamente interessata dall'atto impugnato ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE.

168 Ne consegue che, anche ammesso che l'atto impugnato costituisse un atto impugnabile ai sensi dell'art. 230 CE, la Vodafone non sarebbe legittimata ad agire ai sensi del quarto comma della detta disposizione.

169 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il presente ricorso dev'essere dichiarato irricevibile.

Sulle spese

170 A termini dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. La Vodafone, rimasta soccombente, dev'essere pertanto condannata alle spese, conformemente alla domanda formulata dalla Commissione.

171 A termini dell'art. 87, n. 4, primo comma, del regolamento di procedura, gli Stati membri che intervengono nella controversia sopporteranno le proprie spese. Il Regno di Spagna sopporterà quindi le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Quinta Sezione)

così dispone:

- 1) **Il ricorso è irricevibile.**

- 2) **La Vodafone España, SA e la Vodafone Group plc supporteranno le proprie spese nonché quelle sostenute dalla Commissione.**

- 3) **Il Regno di Spagna supporterà le proprie spese.**

Lussemburgo, 12 dicembre 2007

Il cancelliere

E. Coulon

Il presidente

M. Vilaras

Indice

Contesto normativo	II - 5157
1. Direttiva 2002/21/CE	II - 5157
2. Raccomandazione 2003/561/CE	II - 5163
Fatti all'origine della controversia	II - 5165
Procedimento e conclusioni delle parti	II - 5171
In diritto	II - 5173
1. Sulla natura dell'atto impugnato	II - 5173
Argomenti delle parti	II - 5173
Giudizio del Tribunale	II - 5181
Sul contesto in cui l'atto impugnato è stato adottato	II - 5182
— Sui compiti attribuiti dalla direttiva 2002/21, rispettivamente, alle ARN e alla Commissione	II - 5182
— Sullo svolgimento del procedimento ex art. 7 della direttiva 2002/21 ...	II - 5184
— Sulla natura giuridica della comunicazione di cui all'art. 7, n. 3, della direttiva 2002/21	II - 5186
Sul contenuto dell'atto impugnato	II - 5200
2. Sulla legittimazione attiva della Vodafone	II - 5205
Argomenti delle parti	II - 5205
Giudizio del Tribunale	II - 5206
Sulle spese	II - 5210
II - 5212	