

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

M. POIARES MADURO

presentate il 23 aprile 2009¹

1. Il settore delle telecomunicazioni è disciplinato da un quadro normativo comunitario volto al perseguimento di diversi obiettivi, in particolare, quello di salvaguardare la concorrenza. È stato istituito un accordo istituzionale specifico, mediante il quale tali obiettivi vengono assegnati alle autorità nazionali di regolamentazione (in prosieguo: le «ANR»), che sono autorizzate ad intervenire ogniqualvolta si renda necessario, imponendo obblighi sugli operatori di telecomunicazioni che dispongono di un significativo potere di mercato.

2. La presente causa riguarda, in sostanza, il margine di discrezionalità degli Stati membri nell'applicazione di tale quadro normativo comunitario: in primo luogo, la loro libertà di limitare l'applicazione della regolamentazione per quanto riguarda i mercati sensibili e, precisamente, i nuovi mercati nonché, in secondo luogo, la loro libertà di orientare l'intervento delle ANR per quanto riguarda specifici obiettivi della regolamentazione, quali la promozione degli investimenti e l'innovazione.

I — Contesto di fatto e di diritto

3. Nel quadro normativo comunitario applicabile al settore delle telecomunicazioni, ai fini della presente causa rilevano: la direttiva quadro², la direttiva accesso³ e la direttiva servizio universale⁴.

4. La normativa tedesca controversa è la legge sulle telecomunicazioni (in prosieguo: il «TKG»)⁵. Il TKG, sebbene trasponga essenzialmente il quadro normativo comunitario, è stato anche oggetto di due modifiche, concernenti i nuovi mercati, che sono all'origine della presente causa⁶.

2 — 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 (in prosieguo: la «direttiva quadro») (GU L 108, pag. 33).

3 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (in prosieguo: la «direttiva accesso») (GU L 108, pag. 7).

4 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (in prosieguo: la «direttiva servizio universale») (GU L 108, pag. 1).

5 — «Telekommunikationsgesetz» del 22 giugno 2004, BGBl. I, pag. 1190.

6 — «Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften» (legge recante modifica delle disposizioni in materia di telecomunicazioni) del 18 febbraio 2007, BGBl. I, pag. 106.

1 — Lingua originale: l'inglese.

5. Tali modifiche del TKG esentano i nuovi mercati dalla regolamentazione, a meno che tale regolamentazione si renda necessaria con riferimento alla concorrenza a lungo termine. Esse dispongono inoltre che l'ANR tedesca⁷, nell'esame volto ad accertare se la regolamentazione sia necessaria, deve tenere conto, in particolare, dell'obiettivo della promozione degli investimenti in termini di infrastrutture ed innovazione.

«tengono nella massima considerazione» gli obiettivi di cui all'art. 8.

6. Nell'espone i fatti della presente causa, suddividerò i riferimenti alle disposizioni pertinenti del quadro normativo comunitario in obiettivi della regolamentazione (A) e aspetti procedurali: il regime di trasparenza, il sistema di cooperazione tra le ANR e la Commissione, la definizione dei mercati e l'analisi del mercato (B). Successivamente, descriverò il TKG più dettagliatamente (C). Infine, farò un breve riferimento ad alcuni eventi connessi al procedimento precontenzioso (D).

8. L'art. 8, n. 1, della direttiva quadro dispone che gli Stati membri «provvedono» affinché le ANR adottino tutte le ragionevoli misure intese a conseguire tali obiettivi.

9. L'art. 8, n. 2, della direttiva quadro elenca quindi una prima serie di obiettivi, connessi alla salvaguardia della concorrenza:

A — Obiettivi del quadro normativo comunitario

7. L'art. 7, n. 1, della direttiva quadro dispone che, nell'esercizio delle funzioni previste dal quadro normativo comunitario, le ANR

«[le ANR] promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l'altro:

- a) assicurando che gli utenti, compresi gli utenti disabili, ne traggano il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità;

⁷ — L'agenzia federale «Bundesnetzagentur».

- b) garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche;
- c) incoraggiando investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l'innovazione;
- d) incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle radiofrequenze e delle risorse di numerazione».
10. L'art. 8, nn. 3 e 4, della direttiva quadro elenca altre due serie di obiettivi intesi, rispettivamente, a promuovere ulteriormente il mercato interno e a proteggere gli interessi dei cittadini comunitari.
11. L'art. 8, n. 4, della direttiva accesso e l'art. 17, n. 2, della direttiva servizio universale
- rinviano agli obiettivi della direttiva quadro. Tali obiettivi giustificano gli obblighi, dettati dai detti articoli, che possono essere imposti alle imprese che dispongono di un significativo potere di mercato⁸.
12. L'art. 15, n. 2, della direttiva quadro conferisce alla Commissione il compito di adottare orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato (in prosieguo: gli «orientamenti della Commissione»), «conformi ai principi del diritto della concorrenza»⁹.
13. Il ventisettesimo 'considerando' della direttiva quadro dispone che gli orientamenti della Commissione debbano trattare la questione dell'applicazione degli obblighi di regolamentazione ai nuovi mercati:
- «[gli orientamenti della Commissione] affronteranno anche la questione dei nuovi mercati emergenti nei quali l'impresa leader verosi-

8 — Appare utile richiamare alcuni di detti obblighi, al fine di comprendere l'incidenza economica che possono esercitare sul loro obiettivo: l'art. 8, n. 4, della direttiva accesso fa riferimento, inter alia, agli obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete e di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi. L'art. 17, n. 2, della direttiva servizio universale comprende obblighi che possono implicare il rispetto di massimali per quanto riguarda i prezzi al dettaglio, il controllo di singole tariffe, o l'orientamento delle tariffe ai costi o ai prezzi su mercati comparabili.

9 — Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (GU 2002, C 165, pag. 6).

milmente detiene un significativo potere di mercato ma non per questo dovrà essere assoggettata ad obblighi ingiustificati».

14. L'art. 32 degli orientamenti della Commissione affronta detta questione dei nuovi mercati, ribadendo il ventisettesimo 'considerando' della direttiva quadro, e aggiungendo la seguente motivazione:

«[C]iò in quanto l'imposizione precoce di una tale regolamentazione potrebbe influire indebitamente su condizioni concorrenziali ancora in fase di formazione all'interno di un mercato nuovo ed emergente. Al contempo si deve impedire che l'impresa leader precluda tali mercati. Ferma restando l'opportunità di un intervento delle autorità garanti della concorrenza nei singoli casi, le ANR dovranno poter giustificare pienamente qualsiasi forma d'intervento precoce ex ante in un mercato emergente, in particolare poiché mantengono la facoltà di intervenire in un secondo momento, nel contesto del riesame periodico dei mercati rilevanti».

15. L'art. 15, n. 1, della direttiva quadro attribuisce, inoltre, alla Commissione il compito di adottare una raccomandazione che individui, «in base ai principi del diritto della concorrenza», i mercati che possano giustificare l'imposizione degli obblighi stabiliti dalla direttiva accesso e dalla direttiva

servizio universale (in prosieguo: la «raccomandazione della Commissione») ¹⁰.

16. Con riguardo all'applicazione degli obblighi di regolamentazione ai nuovi mercati, il quindicesimo 'considerando' della raccomandazione della Commissione dispone quanto segue:

«i mercati nuovi ed emergenti, in cui il potere di mercato di un'impresa può essere dovuto al fatto che questa abbia fatto "la prima mossa", non dovrebbero essere soggetti, in linea di principio, ad una regolamentazione ex ante».

B — Regime di trasparenza, sistema di cooperazione, definizione dei mercati e analisi di mercato

17. L'art. 6 della direttiva quadro istituisce un regime di trasparenza per quanto riguarda le parti interessate. A titolo di regola generale, le ANR devono consentire alle dette parti di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure, rendere pubbliche le procedure di consultazione nazionali orga-

¹⁰ — Raccomandazione della Commissione 11 febbraio 2003, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (GU 2003, L 114, pag. 45).

nizzate dalle stesse ANR e rendere pubblicamente disponibile il risultato di tali procedure.

18. L'art. 7, n. 2, della direttiva quadro prevede un sistema di cooperazione tra le ANR, nonché tra queste ultime e la Commissione, al fine di assicurare la «piena applicazione» del quadro normativo.

19. L'art. 7, nn. 3 e 5, della direttiva quadro precisa la forma che siffatta cooperazione deve assumere. Un'ANR, qualora intenda adottare una misura che rientri, inter alia, nell'ambito di applicazione degli artt. 15 o 16 della direttiva quadro e che influenzi, inoltre, gli scambi tra Stati membri, è tenuta ad informare le altre ANR e la Commissione. Essa deve rendere accessibile il progetto di misura alle altre ANR e alla Commissione, affinché possano presentare le proprie osservazioni. L'ANR deve tenere conto di tali osservazioni e, qualora adotti il progetto di misura, deve comunicarlo alla Commissione.

20. Gli artt. 15 e 16 della direttiva quadro attengono alla definizione dei mercati e all'analisi di mercato, oggetto della cooperazione.

21. L'art. 15, n. 3, della direttiva quadro disciplina la definizione dei mercati da parte delle ANR:

«[le ANR,] tenendo nel massimo conto la [raccomandazione della Commissione] e gli [orientamenti della Commissione], definiscono i mercati rilevanti corrispondenti alla situazione nazionale, in particolare mercati geografici rilevanti nel loro territorio, conformemente ai principi del diritto della concorrenza (...)».

22. Ai sensi dell'art. 16, nn. 1 e 2, della direttiva quadro, le ANR, dopo avere definito i mercati rilevanti, devono effettuare un'analisi di tali mercati, tenendo conto degli orientamenti della Commissione (e, se del caso, in collaborazione con le autorità nazionali per la concorrenza). Quando un'ANR è tenuta, ai sensi della direttiva accesso o della direttiva servizio universale, a decidere in merito ad un obbligo, essa deve accertare se il mercato sia effettivamente concorrenziale.

23. L'art. 16, nn. 3 e 4, della direttiva quadro riguarda le ipotesi in cui l'ANR formuli conclusioni in ordine alla effettiva concorrenzialità o meno del mercato. Se il mercato viene ritenuto effettivamente concorrenziale, l'ANR non impone né mantiene gli obblighi di cui all'art. 16, n. 2, né revoca quelli esistenti. Qualora non sia considerato tale, l'ANR individua le imprese che dispongono di un significativo potere di mercato e impone, mantiene o modifica tali obblighi.

24. L'art. 7, n. 4, della direttiva quadro conferisce alla Commissione un diritto di veto per quanto attiene a talune misure adottate dalle ANR. Tali misure devono individuare un mercato diverso da quelli definiti nella raccomandazione della Commissione o decidere se un'impresa detenga o meno un potere di mercato significativo ai sensi, *inter alia*, dell'art. 16, nn. 3 e 4; tali misure devono inoltre incidere sugli scambi commerciali tra Stati membri. La Commissione deve specificare che il progetto di misura creerebbe una barriera al mercato unico o esprimere seri dubbi in ordine alla compatibilità del progetto di misura con il diritto comunitario e, in particolare, con gli obiettivi di cui all'art. 8. In tal caso, il progetto di misura deve anzitutto essere posposto e, qualora la Commissione effettui una scelta in tal senso, l'ANR sarà obbligata a ritirare la misura, ove non possa essere adottata congiuntamente con proposte specifiche volte ad emendarla.

25. L'art. 7, n. 6, prevede un procedimento di urgenza applicabile, in presenza di circostanze straordinarie, al sistema di cooperazione sopra descritto.

C — Il TKG

26. L'art. 2 del TKG elenca gli obiettivi perseguiti da tale normativa che comprendono, sostanzialmente, gli obiettivi di regolamentazione precisati nell'art. 8 della direttiva quadro.

27. L'art. 9, nn. 1 e 2, del TKG dispone che la regolamentazione è applicabile ai mercati che soddisfino le condizioni di cui all'art. 10 e con riferimento ai quali, da un'analisi di mercato effettuata ai sensi dell'art. 11, risulti l'inesistenza di una concorrenza effettiva. Le ANR tedesche devono imporre obblighi di regolamentazione nei confronti delle imprese che dispongano di un significativo potere di mercato in tali mercati.

28. L'art. 10, n. 2, del TKG descrive le condizioni del mercato che comportano l'applicazione della regolamentazione (forti ostacoli all'accesso, impedimenti strutturali alla realizzazione di un'effettiva concorrenza a lungo termine e insufficienza dei rimedi previsti dal diritto della concorrenza). L'ANR tedesca deve definire tali mercati, tenendo conto della raccomandazione della Commissione.

29. L'art. 11, n. 1, del TKG riguarda la valutazione della concorrenza effettiva (non sussiste concorrenza effettiva se una o più imprese dispongono di un significativo potere di mercato). L'ANR tedesca deve effettuare tale analisi del mercato, tenendo conto degli orientamenti della Commissione.

30. L'art. 12 del TKG definisce una procedura che ricalca, in sostanza, il regime di trasparenza e il sistema di cooperazione di cui agli artt. 6 e 7 della direttiva quadro. Gli artt. 10, n. 3, e 11, n. 3, del TKG dispongono che l'ANR tedesca è tenuta a presentare alla Commis-

sione, ai sensi di tale procedura, i risultati della propria definizione dei mercati e dell'analisi del mercato, qualora queste implichino scambi commerciali tra gli Stati membri.

31. Come già rilevato, il TKG è stato oggetto di due modifiche concernenti i nuovi mercati. Risulta che, prima dell'adozione di tali modifiche, l'operatore storico tedesco del settore delle telecomunicazioni (Deutsche Telekom) aveva effettuato pressioni affinché la rete a banda larga che intendeva creare fosse esentata da interventi di regolamentazione (e, precisamente, l'accesso obbligatorio a prezzi regolamentati).

32. Dalle osservazioni sia scritte sia svolte dalle parti in udienza si può dedurre che, negli ambienti tedeschi, si è discusso della cosiddetta «tolleranza normativa» con riferimento ai nuovi mercati. In tale dibattito si annoveravano opinioni che mettevano in discussione la compatibilità di un'esenzione assoluta con la legislazione comunitaria. Non è possibile accertare, dalle osservazioni delle parti, se una tesi particolare abbia prevalso ed abbia avuto influenza decisiva sulle modifiche apportate al TKG.

33. L'art. 3, n. 12b, costituisce la prima modifica al TKG, ed enuncia la definizione di nuovi mercati:

«Un “nuovo mercato” è un mercato di servizi o prodotti significativamente diversi dai servizi o prodotti attualmente disponibili, in termini di efficacia, gamma, accessibilità da parte di un numero elevato di utenti (capacità del mercato di massa), prezzo o qualità dal punto di vista di un acquirente avveduto e che non si limitino a sostituire tali prodotti».

34. L'art. 9a costituisce la seconda modifica apportata al TKG ed introduce, nel primo comma, una regola che prevede l'esenzione dei nuovi mercati dalla regolamentazione e, nel secondo comma, una deroga a tale regola:

«1. Fatto salvo quanto disposto dal seguente comma, i nuovi mercati non sono soggetti alla regolamentazione ai sensi del Titolo 2.

2. Qualora taluni fatti consentano di presumere che, in assenza di regolamentazione, lo sviluppo di un mercato competitivo e sostenibile nel settore dei servizi e reti di telecomunicazioni sarebbe ostacolato a lungo termine, [l'ANR tedesca], in deroga al comma 1 di cui sopra, può assoggettare

un nuovo mercato alla regolamentazione ai sensi del Titolo 2, in conformità agli artt. 9, 10, 11 e 12. Al fine di valutare la necessità di una regolamentazione e nell'imposizione di misure specifiche, [l'ANR tedesca] deve tenere conto, in particolare, dell'obiettivo di promuovere investimenti efficienti in materia di infrastrutture e incoraggiare l'innovazione».

all'esame della Corte di giustizia delle Comunità europee nel più breve tempo possibile».

35. Tali modifiche sono entrate in vigore il 18 febbraio 2007.

38. Non ritenendosi soddisfatta delle risposte della Germania alla lettera di diffida e al successivo parere motivato, la Commissione ha proposto il presente ricorso ai sensi dell'art. 226 CE.

D — *Procedimento contenzioso*

36. Il 20 dicembre 2006, a seguito di contatti con la Germania concernenti le disposizioni aggiuntive del TKG, ma anteriormente alla loro entrata in vigore, la Commissione decideva di avviare il presente procedimento di infrazione.

37. Il 26 febbraio 2007, la Commissione inviava alla Germania una lettera di diffida, contestando la conformità delle disposizioni aggiuntive del TKG con il quadro normativo comunitario. In pari data, essa pubblicava inoltre un comunicato stampa in cui dichiarava «il proposito di sottoporre la controversia

II — **Ricevibilità**

39. La Germania contesta la ricevibilità del presente ricorso. La sua prima eccezione attiene al fatto che la Commissione ha deciso di avviare il procedimento di infrazione anteriormente all'entrata in vigore delle disposizioni aggiuntive del TKG.

40. Tuttavia, tale circostanza non merita rilievo. La Germania ha infatti ricevuto la lettera di diffida della Commissione successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni aggiuntive del TKG. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 226, la Germania è stata posta in grado

di presentare osservazioni in merito ad una violazione che, asseritamente, era già in atto ¹¹.

41. In secondo luogo, la Germania sostiene che il fatto che la Commissione abbia espresso, in un comunicato stampa recante la stessa data della lettera di diffida, il proprio intento di proporre il presente ricorso dinanzi alla Corte nel più breve tempo possibile costituisca lesione del suo diritto di difesa.

42. Orbene, l'impetuosità della Commissione appare deplorabile, in particolare, ove si tenga conto del suo dovere di leale cooperazione nei confronti degli Stati membri ¹². Tuttavia, ciò non è sufficiente per concludere che le successive osservazioni della Germania, in risposta alla lettera di diffida e al parere motivato, non siano state tenute in debita considerazione dalla Commissione. Pertanto, il presente ricorso è ricevibile.

III — Analisi

43. Con le modifiche da essa apportate al TKG, la Germania ha limitato l'applicazione della regolamentazione laddove si tratti di

nuovi mercati. L'art. 3, n. 12b, del TKG definisce la nozione di nuovi mercati. Quindi, ai sensi dell'art. 9a, n. 1, del TKG, tali mercati vengono, in linea di principio, esentati dalla regolamentazione. A tenore dell'art. 9a, n. 2, del TKG, la regolamentazione è applicabile solo ove, in sua assenza, la concorrenza a lungo termine sarebbe ostacolata; nel valutare la necessità di una regolamentazione, l'ANR tedesca deve tenere conto, in special modo, degli incentivi in materia di investimenti e innovazione — in particolare, nell'imporre obblighi nei confronti di imprese che dispongono di un significativo potere di mercato.

44. Secondo la Commissione, adottando gli artt. 3, n. 12b, e 9a del TKG, la Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi di diverse disposizioni del quadro normativo comunitario, vale a dire gli artt. 6, 7, 8, nn. 1 e 2, 15, n. 3, e 16 della direttiva quadro, l'art. 8, n. 4, della direttiva accesso e l'art. 17, n. 2, della direttiva servizio universale.

45. Tali asserite violazioni possono essere raggruppate in due serie di questioni, la prima riguardante l'incidenza sostanziale della limitazione della regolamentazione, la seconda concernente le sue implicazioni procedurali.

46. Le questioni sostanziali riguardano il margine di discrezionalità della Germania

11 — V. sentenza 15 febbraio 2001, causa C-230/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-1169, punto 32).

12 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Mischo, nella causa C-120/01, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-6739, paragrafo 50).

nel trasporre il quadro normativo comunitario:

tivo comunitario. Diversamente, ulteriori violazioni relative a tali questioni procedurali resteranno irrilevanti.

— se la Germania possa stabilire una regola di esenzione dalla regolamentazione per i nuovi mercati;

49. Inizierò, dunque, dall'analisi delle questioni di merito.

— se la Germania possa limitare il potere discrezionale dell'ANR tedesca, attribuendo priorità ad un particolare obiettivo della regolamentazione con riferimento all'intervento in nuovi mercati.

A — Asserita violazione risultante dalla previsione di una regola di esenzione dalla regolamentazione per i nuovi mercati

47. Le questioni procedurali sono dirette all'accertamento dei limiti entro i quali le modifiche al TKG interferiscono con le attività procedurali dell'ANR tedesca ai fini della decisione di intervenire o meno, come previsto nel quadro normativo comunitario — il regime di trasparenza, il sistema di cooperazione tra le ANR e la Commissione, la definizione dei mercati e l'analisi del mercato.

50. L'art. 9a, n. 1, del TKG stabilisce una regola di esenzione dalla regolamentazione per i nuovi mercati, a meno che ricorrano le condizioni di cui all'art. 9a, n. 2, del TKG. Secondo la Commissione, tale regola è volta a favorire l'investimento dell'operatore storico tedesco del settore delle telecomunicazioni in una rete a banda larga, eliminando il rischio degli interventi di regolamentazione.

48. Tuttavia, occorrerà trattare tali questioni procedurali solo qualora la Corte risolva le questioni di merito riconoscendo, in primo luogo, che la Germania ha agito legittimamente entro i limiti del proprio potere discrezionale nel trasporre il quadro norma-

51. La Corte ha già avuto modo di osservare che l'intervento in infrastrutture private riduce in primo luogo gli incentivi a sviluppare tali infrastrutture. Per questa ragione, ai sensi dell'art. 82 CE, l'imposizione dell'accesso obbligatorio ad un'infrastruttura (come misura diretta a correggere un rifiuto abusivo di fornitura) risulterà appropriato

solo se siano soddisfatti i requisiti più severi¹³. Anche per tale motivo, ai sensi della normativa comunitaria nel settore delle telecomunicazioni, l'imposizione dell'obbligo di avviare trattative per concedere l'accesso deve essere proporzionale ed effettivamente imposto dalla situazione di concorrenza¹⁴.

52. Si può pertanto affermare che le possibilità di intervento, che la regolamentazione comporta, ridurranno gli incentivi ad investire in infrastrutture ed innovazione¹⁵. Pertanto, è ovvio che l'operatore storico del settore delle telecomunicazioni non veda con favore la regolamentazione; e qualora la Germania intenda promuovere gli investimenti nel settore delle infrastrutture di telecomunicazione, farebbe bene ad impegnarsi su tale fronte. Si tratterebbe di effettuare una scelta politica: limitare la regolamentazione e subire gli effetti collegati ad un significativo potere di mercato, al fine di favorire gli investimenti nelle infrastrutture.

53. In circostanze normali, alla Germania sarebbe consentito di effettuare tale scelta politica; ma non a fronte di una normativa

13 — E, precisamente, l'eliminazione di ogni concorrenza, v. sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, Bronner/Media-print (Racc. pag. I-7791, punto 41) e, per quanto concerne l'effetto sugli incentivi, le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs in detta causa, paragrafo 57.

14 — V. sentenza 13 novembre 2008, causa C-227/07, Commissione/Polonia (Racc. pag. I-8403, punti 40-44) e le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer in detta causa, paragrafi 38 e 39, che precisano che «l'economia di mercato non può essere ostacolata senza motivo».

15 — In particolare, rispetto alle possibilità di intervento nell'ambito del regime normativo generale sulla concorrenza.

comunitaria nel settore delle telecomunicazioni. In questo caso, la scelta di assoggettare tale settore ad una regolamentazione, con tutte le possibilità di intervento che ciò comporta, è già stata operata dal legislatore comunitario¹⁶.

54. Il settore delle telecomunicazioni comprende senz'altro i nuovi mercati definiti dall'art. 3, n. 12b, del TKG. Di conseguenza, la Germania non può vanificare la decisione del legislatore comunitario e, in linea di principio, esentare tali nuovi mercati dalla regolamentazione.

55. Tuttavia, la Germania sostiene che, di fatto, la regola secondo cui i nuovi mercati non devono essere assoggettati a regolamentazione sia già presente nel quadro normativo comunitario.

56. Tale tesi dev'essere respinta. Il ventisettesimo 'considerando' della direttiva quadro si limita a vietare l'imposizione di «obblighi

16 — Ciò non significa che la regolamentazione non tenga conto degli incentivi in materia di investimenti e innovazione; di fatto, tali questioni condizionano il quadro normativo comunitario attraverso l'art. 8, n. 2, lett. c), della direttiva quadro, come si vedrà in appresso.

ingiustificati» ai nuovi mercati¹⁷. Solo la Commissione approfondisce l'argomento, dapprima negli orientamenti della Commissione, e poi nella raccomandazione della Commissione. È vero che quest'ultima prevede che i nuovi mercati non debbano essere assoggettati a regolamentazione; ritengo, tuttavia, che i primi evidenzino meglio, ed in maniera più esauriente, le questioni in gioco.

57. Gli orientamenti della Commissione sottolineano che le condizioni in evoluzione nei nuovi mercati potrebbero essere pregiudicate dalla regolamentazione; tuttavia, al contempo, si afferma la necessità di impedire che le imprese che dispongano un significativo potere di mercato precludano tali mercati fin dal principio. Ciò impone, nei confronti delle ANR, un particolare obbligo di diligenza nell'intervenire su tali mercati, in particolare, ove si tenga conto della possibilità di rimandare tale intervento ad un momento in cui le condizioni di concorrenza si siano stabilizzate. Anche la raccomandazione della Commissione, nonché il riferimento alla possibilità che il potere di mercato di un'impresa derivi dal fatto di aver essa compiuto «la prima mossa», devono essere letti in tale prospettiva.

58. È pertanto evidente, per quanto concerne l'esenzione dei nuovi mercati dalla regolamentazione, che il passaggio da semplici raccomandazioni cautelative ad una norma giuridica vincolante era estraneo alla volontà del legislatore comunitario.

17 — Per quanto riguarda il valore interpretativo dei 'considerando', v. le mie conclusioni nella causa C-250/07 Commissione/Grecia (ancora pendente, paragrafo 15).

59. Di conseguenza, la Germania non può istituire una regola di esenzione dalla regolamentazione per i nuovi mercati, come formulato nell'art. 9a, n. 1, del TKG.

B — Asserita violazione risultante dalla limitazione del potere discrezionale dell'ANR tedesca, attribuendo priorità ad un particolare obiettivo della regolamentazione

60. La Germania afferma, nondimeno, di non avere previsto un'esenzione generale dalla regolamentazione. Essa ritiene che l'art. 9a del TKG debba essere letto alla luce del suo secondo comma, che enuncia le condizioni necessarie per l'applicazione della regolamentazione — essendo il primo comma solo la conseguenza dell'insussistenza di tali condizioni. Al riguardo, la Germania sostiene di fornire un mero orientamento o, come afferma, di «pre-configurare» l'intervento dell'ANR tedesca nei nuovi mercati.

61. La chiave di tale «pre-configurazione» è l'individuazione, nell'art. 9a, n. 2, del TKG, dell'obiettivo di promuovere investimenti e innovazione¹⁸. Tale obiettivo corrisponde

18 — Un'altra condizione prevista nell'art. 9a, n. 2, del TKG, che ha attirato l'attenzione della Commissione, era l'ostacolo, in assenza di regolamentazione, allo sviluppo di un mercato competitivo e sostenibile. Tuttavia, tale condizione è richiesta anche per una regolamentazione ai sensi dell'art. 10, n. 2, del TKG (impedimenti strutturali alla realizzazione di un'effettiva concorrenza a lungo termine), che riproduce, in gran parte, il nono 'considerando' della raccomandazione della Commissione ed appare compatibile con un'applicazione proporzionale e corretta della regolamentazione (v. i riferimenti di cui alla nota 14 supra).

all'art. 8, n. 2, lett. c), della direttiva quadro; tuttavia, gli altri obiettivi dell'art. 8 della direttiva quadro restano applicabili attraverso l'art. 2 del TKG. Secondo la Germania, gli obiettivi del quadro normativo comunitario possono essere bilanciati in diversi modi e quel che il legislatore ha fatto è stato di «istruire» l'ANR tedesca su come ricercare tale equilibrio, attribuendo priorità ad un obiettivo particolare¹⁹.

62. La Germania sostiene che siffatte istruzioni rientrino nel potere discrezionale riconosciuto nell'ambito della trasposizione del quadro normativo comunitario²⁰. La questione che si pone, pertanto, concerne l'individuazione del soggetto cui il quadro normativo comunitario affidi il compito di ricercare l'equilibrio tra i suoi diversi obiettivi: se al legislatore nazionale, nella trasposizione di tale quadro normativo, o alle ANR, nelle loro valutazioni specifiche.

63. Devo sottolineare che la risposta è indipendente dal particolare obiettivo perseguito. Potrebbe risultare corretta la tesi sostenuta dalla Germania secondo cui occorre prestare

particolare attenzione, per quanto concerne i nuovi mercati, agli incentivi in materia di infrastrutture e innovazione. Tuttavia, attribuire il compito della ricerca di tale equilibrio al legislatore nazionale produce risultati diversi rispetto al caso in cui sia attribuito alle ANR. Le ANR sono state istituite ed investite di competenze particolari dal quadro normativo comunitario per una ragione: si presume che siano isolate da determinati interessi e che decidano unicamente in base ai criteri stabiliti da tale quadro normativo.

64. Pertanto, ritengo che il bilanciamento degli obiettivi dei quadri normativi spetti alle ANR. L'art. 8 della direttiva quadro riserva espressamente il perseguimento — e, quindi, il bilanciamento — di tali obiettivi alle ANR, non al legislatore nazionale.

65. Ciò crea un dispositivo istituzionale, mediante il quale la funzione del legislatore nazionale è limitata ad assicurare che le ANR adottino tutte le misure necessarie per perseguire tali obiettivi, come confermato dalla Corte in diverse occasioni²¹. Anche l'autonomia degli Stati membri nell'organizzare e strutturare le ANR è stata subordinata al rispetto di tali obiettivi²².

19 — All'udienza, la Germania ha dedotto un argomento dalle sfumature più sottili: l'art. 9a, n. 2, del TKG sarebbe necessario per consentire il controllo giurisdizionale del potere discrezionale dell'ANR tedesca. Tuttavia, un controllo giurisdizionale limitato ad un obiettivo equivale all'istruzione di attribuirgli priorità rispetto ad altri.

20 — Ciò riguarda le istruzioni vincolanti. Va rilevato che gli artt. 10, n. 2, e 11, n. 1, del TKG fanno già rinvio alla raccomandazione della Commissione e agli orientamenti della Commissione, consentendo l'applicazione delle loro istruzioni non vincolanti ai nuovi mercati.

21 — V. sentenze 31 gennaio 2008, causa C-380/05, Centro Europa 7 (Racc. pag. I-349, punto 81) e Commissione/Polonia, cit. alla nota 14 supra, punto 63. Nella sua sentenza 10 gennaio 2008, causa C-387/06, Commissione/Finlandia, punto 23, la Corte ha dichiarato che, per dimostrare che il perseguimento degli obiettivi della regolamentazione di cui all'art. 8 della direttiva quadro era stato ostacolato, la Commissione avrebbe dovuto specificare in dettaglio l'insieme dei poteri delle ANR. In modo analogo, nella sentenza Commissione/Polonia, cit. alla nota 14 supra, punto 66, la Corte ha ritenuto che all'ANR fossero stati conferiti «ampi poteri di intervento» per perseguire gli obiettivi previsti nell'art. 8 della direttiva quadro.

22 — V. sentenza 6 marzo 2008, causa C-82/07, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Racc. pag. I-1265, punto 24).

66. Ciò presuppone, inoltre, che le ANR, a fronte di valutazioni specifiche, si trovino in una posizione migliore per decidere come bilanciare tali diversi obiettivi allo scopo di ottimizzarli. In altre parole, una decisione del legislatore nazionale che attribuisca priorità ad un obiettivo particolare influirebbe, in sostanza, sul modo in cui il legislatore comunitario ha inteso che le singole valutazioni di mercato vengano effettuate: da parte delle ANR, tenendo in considerazione i diversi obiettivi caso per caso. L'assenza di un sistema che attribuisca priorità tra gli obiettivi previsti dal quadro normativo comunitario e il conseguente potere discrezionale conferito alle ANR erano, pertanto, del tutto voluti dal legislatore comunitario.

obiettivi del quadro normativo comunitario: gli artt. 7, n. 1, e 8 della direttiva quadro, l'art. 8, n. 4, della direttiva accesso e l'art. 17, n. 2, della direttiva servizio universale²⁴.

C — Asserite violazioni relative al regime di trasparenza, al sistema di cooperazione, alla definizione dei mercati e all'analisi di mercato

67. Pertanto, la Germania non può limitare il potere discrezionale dell'ANR tedesca, con riferimento all'intervento nei nuovi mercati, assoggettandola a condizioni del genere di quelle previste dall'art. 9a, n. 2, del TKG, che attribuiscono priorità ad un particolare obiettivo della regolamentazione²³.

69. Tutte le altre disposizioni cui la Commissione rinvia attengono ad attività procedurali ai fini della decisione dell'ANR tedesca di intervenire o meno, come previsto dal quadro normativo comunitario: il regime di trasparenza, il sistema di cooperazione tra le ANR e la Commissione, la definizione dei mercati e l'analisi del mercato.

68. La Germania ha, pertanto, violato gli obblighi che le incombono in forza delle disposizioni che stabiliscono o rinviando agli

70. Poiché è già stato accertato, con riferimento all'intervento dell'ANR tedesca, che le

23 — Tale conclusione è confermata anche dalla sentenza Commissione/Polonia, cit. alla nota 14 supra, punti 42-44. In tale occasione, la Corte ha ritenuto la decisione della Polonia di favorire l'accesso ad infrastrutture di rete, ignorando le condizioni di concorrenza concrete, quale inadeguata trasposizione della direttiva accesso e, in particolare, dell'obbligo di perseguire gli obiettivi di cui all'art. 8 della direttiva quadro.

24 — Disposizioni corrispondenti all'art. 8, n. 1, della direttiva quadro sono parimenti contenute nella direttiva accesso e nella direttiva servizio universale — artt. 8, n. 1, e 17, n. 1, rispettivamente. Tuttavia, la Commissione non ha sollevato tale questione dinanzi alla Corte.

modifiche al TKG oltrepassano il margine discrezionale della Germania nel trasporre il quadro normativo comunitario, è irrilevante se tali modifiche violino o meno anche gli obblighi della Germania concernenti le menzionate questioni procedurali.

IV — Conclusione

71. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di dichiarare che, adottando gli artt. 3, n. 12b, e 9a di modifica alla legge nazionale sulle telecomunicazioni, la Repubblica Federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 7, n. 1, e 8 della direttiva quadro, dell'art. 8, n. 4, della direttiva accesso, e dell'art. 17, n. 2, della direttiva servizio universale.