Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MACIEJ SZPUNAR
presentate il 15 luglio 2021 [1]

Causa C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
contro
MN

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania)]

Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2006/123/CE – Articolo 15 – Onorari di architetti e ingegneri nell'ambito dei servizi di progettazione – Tariffe minime e massime – Sentenza della Corte di giustizia che accerta l'inadempimento di uno Stato – Contrasto con una direttiva – Possibilità di invocarlo nell'ambito di una controversia tra persone – Libertà di stabilimento – Articolo 49 TFUE – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articolo 16 – Libertà contrattuale

I. Introduzione

1. L'attore chiede, in un procedimento civile, la condanna della convenuta al pagamento del compenso dovuto per una prestazione di servizi e pretende una somma di un importo maggiore a quello concordato dalle parti nel contratto. La pretesa dell'attore si fonda su una disposizione di diritto nazionale che prevede che, per un determinato servizio, il suo prestatore ha diritto ad un compenso d'importo non inferiore ad una tariffa minima determinata dalle disposizioni di diritto nazionale. Tuttavia, la disposizione richiamata dall'attore è in contrasto con una direttiva. Tale domanda è fondata?

2. Tale è la questione sottoposta al giudice del rinvio nella presente causa. La sua decisione dipende dalla risposta della Corte alla domanda se un giudice nazionale, nel valutare la fondatezza di un'azione promossa da una persona contro un'altra persona, possa disapplicare una disposizione di diritto nazionale, posta a fondamento della domanda, che sia in contrasto con una direttiva, in questo caso con la direttiva 2006/123/CE [2].

[1] Lingua originale: il polacco

[2] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU 2006, L 376, pag. 36).

II. Quadro giuridico

A. Diritto dell'Unione

3. Ai sensi dei considerando 5, 6 e 64 della direttiva 2006/123:

«5. È necessario (…) eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri nonché garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del trattato. (…).

6. Non è possibile eliminare questi ostacoli soltanto grazie all'applicazione diretta degli articoli 43 e 49 del trattato [divenuti articoli 49 e 56 TFUE] in quanto, da un lato, il trattamento caso per caso mediante l'avvio di procedimenti di infrazione nei confronti degli Stati membri interessati si rivelerebbe estremamente complesso da gestire per le istituzioni nazionali e comunitarie, in particolare dopo l'allargamento e, dall'altro lato, l'eliminazione di numerosi ostacoli richiede un coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali, anche al fine di istituire una cooperazione amministrativa. Come è stato riconosciuto dal Parlamento europeo e dal Consiglio, un intervento legislativo comunitario permette di istituire un vero mercato interno dei servizi.

(…)

64. Al fine della creazione di un vero mercato interno dei servizi è necessario sopprimere le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi ancora presenti nella legislazione di taluni Stati membri e incompatibili, rispettivamente, con gli articoli 43 e 49 del trattato [divenuti articoli 49 e 56 TFUE]. Le restrizioni da vietare incidono in modo particolare sul mercato interno dei servizi e dovrebbero essere al più presto eliminate in modo sistematico».

4. L'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva così dispone:

«La presente direttiva si applica ai servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro».

5. L'articolo 15 della medesima direttiva prevede quanto segue:

«1. Gli Stati membri verificano se il loro ordinamento giuridico prevede i requisiti di cui al paragrafo 2 e provvedono affinché tali requisiti siano conformi alle condizioni di cui al paragrafo 3. Gli Stati membri adattano le loro disposizioni legislative, regolamentari o amministrative per renderle conformi a tali condizioni.

2. Gli Stati membri verificano se il loro ordinamento giuridico subordina l'accesso a un'attività di servizi o il suo esercizio al rispetto dei requisiti non discriminatori seguenti:

(…)

g) tariffe obbligatorie minime e/o massime che il prestatore deve rispettare;

(…)

3. Gli Stati membri verificano che i requisiti di cui al paragrafo 2 soddisfino le condizioni seguenti:

a) non discriminazione: i requisiti non devono essere direttamente o indirettamente discriminatori in funzione della cittadinanza o, per quanto riguarda le società, dell'ubicazione della sede legale;

b) necessità: i requisiti sono giustificati da un motivo imperativo di interesse generale;

c) proporzionalità: i requisiti devono essere tali da garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito; essi non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo; inoltre non deve essere possibile sostituire questi requisiti con altre misure meno restrittive che permettono di conseguire lo stesso risultato.

(…)

5. Nella relazione di valutazione reciproca di cui all'articolo 39, paragrafo 1, gli Stati membri precisano quanto segue:

a) i requisiti che intendono mantenere e le ragioni per le quali ritengono che tali requisiti siano conformi alle condizioni di cui al paragrafo 3;

b) i requisiti che sono stati soppressi o attenuati.

6. A decorrere dal 28 dicembre 2006 gli Stati membri possono introdurre nuovi requisiti quali quelli indicati al paragrafo 2 soltanto quando essi sono conformi alle condizioni di cui al paragrafo 3.

(…)».

B. Diritto tedesco

6. Nel periodo rilevante dal punto di vista della controversia nel procedimento principale l'onorario degli architetti e degli ingeneri era regolamentato dal Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (regolamento in materia di onorari di architetti e ingegneri), nella versione del 10 luglio 2013 [3] (in prosieguo: la «HOAI»).

7. L'articolo 1 della HOAI prevede quanto segue:

«Il presente regolamento disciplina le modalità di calcolo degli onorari per le prestazioni di base di architetti e di ingegneri (prestatori d'opera) stabiliti in Germania, qualora si tratti di prestazioni di base rientranti in detto regolamento e fornite a partire dal territorio della Repubblica di Germania».

[3] BGBl. I, pag. 2276.

8. Ai sensi dell'articolo 7 della HOAI:

«1. L'onorario viene determinato in base ad un contratto scritto concluso tra le parti al momento del conferimento dell'incarico, nei limiti delle tariffe massime e minime previste nel presente regolamento.

2. (…)

3. Le tariffe minime previste nel presente regolamento possono essere ridotte in casi eccezionali, a condizione che venga concluso un contratto scritto.

4. (…)

5. In mancanza di un contratto scritto concluso al momento del conferimento dell'incarico, si presume che siano state adottate le tariffe minime ai sensi del paragrafo 1».

9. L'articolo 7 della HOAI è stato modificato mediante l'Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (primo regolamento recante modifica dei principi di retribuzione di architetti e ingegneri), del 2 dicembre 2020[4]. La modifica è entrata in vigore il 1º gennaio 2021. Da quel momento il paragrafo 1 di tale articolo è del seguente tenore:

«1. Gli onorari sono determinati in base ad un contratto scritto concluso tra le parti. In mancanza di un contratto scritto avente ad oggetto gli onorari, ai servizi di base si applicano le tariffe di base determinate ai sensi dell'articolo 6».

III. Fatti, procedimento principale e questioni pregiudiziali

10. Il 2 giugno 2016, MN (attore), che gestisce uno studio di ingegneria, e Thelen Technopark Berlin GmbH (convenuta), hanno concluso un contratto di servizi di ingegneria, con il quale l'attore si obbligava, in favore della convenuta, ad effettuare prestazioni inerenti ad un progetto di costruzione a Berlino. Le parti hanno convenuto che per tali prestazioni l'attore avrebbe ricevuto un onorario forfettario d'importo pari a EUR 55 025. In base alle fatture intermedie emesse dall'attore, la convenuta ha pagato in favore dell'attore la somma complessiva lorda di EUR 55 395,92.

11. Nel luglio 2017, dopo il recesso dal contratto di servizi di ingegneria avvenuto per iscritto in data 2 giugno 2017, l'attore ha emesso una fattura a saldo in base alle tariffe minime desumibili dalla HOAI. Successivamente, tenendo conto dei versamenti già effettuati e dell'importo trattenuto a titolo di garanzia, l'attore ha promosso un'azione giudiziaria contro la convenuta per il pagamento del compenso residuo, d'importo lordo pari a EUR 102 934,59, oltre agli interessi e alle spese legali stragiudiziali.

12. La domanda è stata in gran parte accolta sia dal giudice di primo grado che dal giudice di secondo grado. Con ricorso per cassazione proposto (Revision) dinanzi al Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania) la convenuta ha chiesto il rigetto della domanda.

13. Secondo il giudice del rinvio, la decisione nella causa per cassazione (Revision) dipende dalla risposta alla domanda se le disposizioni di cui all'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123 si applichino alle controversie tra privati con l'effetto che si

[4] BGBl. I, pag. 2636.

debbano disapplicare le disposizioni della HOAI poste a fondamento dell'azione giudiziaria dell'attore. In caso di risposta in senso affermativo, il ricorso per cassazione (Revision) verrebbe accolto. All'origine di tale domanda si trova la giurisprudenza della Corte.

14. Con sentenza del 4 luglio 2019, Commissione/Germania [5], la Corte ha stabilito infatti che, avendo mantenuto le tariffe obbligatorie per i servizi di progettazione di architetti e di ingegneri previste dalla HOAI, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi a essa incombenti in forza dell'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123.

15. Successivamente, con ordinanza del 6 febbraio 2020, hapeg dresden [6], la Corte ha deciso che l'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123, deve essere interpretato nel senso che esso osta alla disciplina nazionale in forza della quale è vietato concordare, nei contratti con architetti o ingegneri, compensi inferiori alle tariffe minime previste nella HOAI.

16. In tali circostanze il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se dal diritto dell'Unione, in particolare dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dall'articolo 288, terzo comma, TFUE, e dall'articolo 260, paragrafo 1, TFUE, risulti che l'articolo 15, paragrafi 1, 2, lettera g), e 3, della direttiva 2006/123 (…), nell'ambito di procedimenti giurisdizionali in corso tra persone, abbia un'efficacia diretta tale che debbano essere disapplicate le disposizioni nazionali contrarie a detta direttiva, contenute nell'articolo 7 della Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (regolamento tedesco sugli onorari per servizi di architettura e di ingegneria; HOAI), secondo il quale le tariffe minime da essa contemplate sono obbligatorie – salvo determinati casi eccezionali – per prestazioni di progettazione e supervisione effettuate da architetti e ingegneri e una convenzione avente ad oggetto un onorario inferiore alle tariffe minime nei contratti con architetti o ingegneri è inefficace.

2) In caso di risposta in senso negativo alla prima questione:

   a) se la previsione, da parte della Repubblica federale di Germania, di tariffe minime obbligatorie per prestazioni di progettazione e supervisione effettuate da architetti e ingegneri, di cui all'articolo 7 della HOAI, costituisca una violazione della libertà di stabilimento sancita dall'articolo 49 TFUE o di altri principi generali del diritto dell'Unione.

   b) In caso di risposta in senso affermativo alla seconda questione, sub a): se da una siffatta violazione risulti che, in un procedimento giurisdizionale in corso tra persone, le disposizioni nazionali sulle tariffe minime obbligatorie (nella fattispecie: l'articolo 7 della HOAI) debbano essere disapplicate».

17. Nel procedimento davanti alla Corte sono state depositate osservazioni scritte dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Commissione europea. Le parti, ad eccezione della convenuta, hanno partecipato, per mezzo di propri agenti, all'udienza del 3 maggio 2021.

[5] C-377/17, EU:C:2019:562.

[6] C-137/18, non pubblicata, EU:C:2020:84.

IV. Analisi

18. Il giudice del rinvio sottopone alla Corte, in sostanza, la questione se dal diritto dell'Unione derivi l'obbligo di un giudice nazionale, che decide una controversia tra persone, di disapplicare una norma di diritto nazionale, posta alla base della domanda dell'attore, in questo caso l'articolo 7 della HOAI (in prosieguo: la «disposizione controversa»), quando tale disposizione è in contrasto con la direttiva 2006/123. All'origine dei dubbi del giudice del rinvio si pone un problema classico del diritto dell'Unione, ovvero l'applicazione, da parte dei giudici nazionali, nei rapporti orizzontali, delle disposizioni di una direttiva che non è stata recepita o è stata recepita in modo scorretto, dopo la scadenza del termine previsto per il suo recepimento.

19. Nella mia analisi ricorderò brevemente la posizione della Corte in merito all'efficacia delle direttive nei rapporti tra persone (A.) Successivamente indicherò gli elementi della causa principale che ritengo rilevanti (B.) Nel prosieguo valuterò la proposta della Commissione relativa alla possibilità di adottare un'interpretazione conforme (C.) Infine passerò all'analisi dell'eventuale disapplicazione della disposizione di diritto nazionale in contrasto con una direttiva (D.)

A. Efficacia della direttiva nei rapporti orizzontali

20. Dall'articolo 288, terzo comma, TFUE risulta che, a differenza del regolamento, la direttiva vincola ogni Stato membro al quale è rivolta. La direttiva non può quindi, di per sé, imporre obblighi alle persone e non può pertanto, in linea di principio, essere fatta valere contro di loro [7].

21. Quanto suesposto è noto come assenza di efficacia diretta orizzontale della direttiva. Quest'ultimo termine è usato sia per descrivere l'assenza di efficacia nella creazione di diritti e obblighi in capo alle persone, sia per indicare l'esclusione stessa d'applicabilità della direttiva in una controversia tra persone.

22. In questo contesto, occorre distinguere l'efficacia orizzontale delle direttive dall'efficacia diretta orizzontale della legislazione primaria e dei regolamenti. In quest'ultimo caso, si parla di efficacia orizzontale delle disposizioni se il loro campo di applicazione riguarda il comportamento delle persone (parti private). In altre parole, occorre stabilire se le persone siano dirette destinatarie degli obblighi o dei divieti derivanti da tali disposizioni. In tale contesto giova sottolineare che, anche se le persone non sono destinatarie di tali disposizioni, possono farle valere nelle controversie con altre persone. Ciò si riferisce, in particolare, alla possibilità di richiamare tali disposizioni al fine di stabilire se disposizioni nazionali applicabili in una determinata controversia siano compatibili con il diritto dell'Unione (cosiddetto controllo di legittimità).

23. Nel caso di esclusione di un'efficacia diretta orizzontale della direttiva abbiamo a che fare con un altro problema. Infatti, in una controversia contro una persona una disposizione di una direttiva non può essere applicata, a prescindere dal fatto che tale applicazione abbia lo scopo di accertare un diritto o un obbligo derivante da tale direttiva o quello di effettuare un controllo della conformità delle disposizioni di diritto nazionale con il diritto dell'Unione (il cosiddetto controllo di legittimità). Sotto questo aspetto la questione se i privati siano destinatari di una determinata direttiva ha carattere secondario.

7 V., in particolare, sentenze del 26 febbraio 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, punto 48); del 14 luglio 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punto 20); del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a. (da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 108); del 7 agosto 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punto 42).

24. L'esclusione di efficacia diretta orizzontale di una direttiva non significa tuttavia che, in una controversia tra persone, non sia possibile tener conto della direttiva in modo che questa possa incidere sulla posizione giuridica di un altro individuo. Nella sua giurisprudenza, la Corte ha individuato diverse situazioni in cui tale considerazione può avere luogo. Tenuto conto dell'oggetto del procedimento e delle posizioni assunte dalle parti, mi limiterò a ricordare quattro di queste situazioni.

25. In primo luogo, la Corte ha stabilito che gli organi giurisdizionali hanno l'obbligo di effettuare un'interpretazione del diritto nazionale in accordo con la direttiva (cosiddetta interpretazione conforme). Nell'adempiere a tale obbligo gli organi giurisdizionali devono interpretare le disposizioni di diritto nazionale nel modo più attinente possibile alla lettera e allo scopo di una determinata direttiva, al fine di raggiungere il risultato che la stessa mira a conseguire [8]. Il rinvio, davanti ad un organo giurisdizionale, ad una direttiva al fine di effettuare un'interpretazione conforme può, pertanto, comportare l'applicazione della direttiva stessa nel processo di applicazione della legge.

26. In secondo luogo, il richiamo a una direttiva che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche [9], nell'ipotesi in cui siano state adottate norme tecniche nazionali in violazione degli obblighi degli Stati membri previsti da tale direttiva, può comportare la disapplicazione delle norme tecniche nazionali. Un inadempimento da parte di uno Stato membro comporta infatti l'inapplicabilità, in una controversia tra persone, delle norme tecniche nazionali adottate in violazione di tali obblighi, poiché questo costituisce un «vizio procedurale sostanziale» [10].

27. In terzo luogo, quando un'interpretazione conforme non è possibile, il giudice nazionale investito di una controversia tra persone deve disapplicare la disposizione nazionale contraria a una direttiva se lo impone l'esigenza di rispettare un principio generale del diritto dell'Unione, compreso quello concretizzato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [11]. Tuttavia, in questi casi, il motivo per cui una disposizione nazionale viene disapplicata non è una disposizione della direttiva, ma un principio generale del diritto dell'Unione concretizzato da una disposizione della direttiva [12].

8 V., in particolare, sentenze del 10 aprile 1984, von Colson e Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punto 26); del 13 novembre 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, punto 8); del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a. (da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punti 113 e 114).

9 Direttiva 83/189/CEE del Consiglio, del 28 marzo 1983, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (GU 1983, L 109, pag. 8); successivamente direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (GU 1998, L 204, pag. 37); infine direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (GU 2015, L 241, pag. 1). Tale giurisprudenza si applica anche all'obbligo di cui all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi delle società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (GU 2000, L 178, pag. 1). V., sul punto, sentenza del 19 dicembre 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, punto 100).

10 V. sentenze: del 30 aprile 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, punto 48); e del 26 settembre 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, punti 44, 50 e 51).

11 In prosieguo: la «Carta».

12 V. giurisprudenza citata al paragrafo 67 delle presenti conclusioni.

28. In quarto luogo, non è escluso che si invochi una direttiva in una situazione cosiddetta triangolare, ossia una situazione in cui le conseguenze di una controversia verticale, tra una persona e lo Stato, riguardante una direttiva, incidano sulla situazione giuridica di un soggetto terzo [13].

B. Peculiarità del procedimento principale

29. Dal punto di vista del presente giudizio sono rilevanti le seguenti circostanze di fatto del procedimento principale:

– La controversia nel procedimento principale è una controversia tra persone (soggetti privati) e il rapporto giuridico in questione ha la sua fonte in un contratto di servizi. Il rapporto tra le parti ha quindi natura orizzontale.

– Tutti gli elementi della controversia di cui al procedimento principale si trovano nell'ambito di un unico Stato.

– Il ricorso si basa su una disposizione di diritto nazionale che produce l'effetto di applicare una tariffa minima in sostituzione di una disposizione contrattuale che determina il compenso del fornitore del servizio in un ammontare inferiore a tale tariffa minima.

– Detta disposizione di diritto nazionale è in contrasto con l'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123 [14].

– Tale contrasto è stato accertato in una sentenza della Corte emessa nel procedimento disciplinato dall'articolo 258 TFUE.

– Secondo il giudice del rinvio non è possibile l'interpretazione della disposizione controversa in modo tale da garantire la conformità con l'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123.

– Il contratto tra le parti è stato concluso dopo la scadenza del termine di recepimento della direttiva nell'ordinamento nazionale ma prima dell'inizio del giudizio nella causa Commissione/Germania [15].

C. Possibilità di adottare un'interpretazione conforme

30. Dalla giurisprudenza costante della Corte emerge che la questione di un'eventuale disapplicazione di una disposizione di diritto nazionale in un rapporto orizzontale, in considerazione della sua contrarietà con una direttiva si pone solo nell'ipotesi in cui non sia possibile adottare un'interpretazione conforme alla direttiva [16].

13 V., in particolare, sentenze del 24 ottobre 1996, Kraaijeveld e a. (C-72/95, EU:C:1996:404); e del 7 gennaio 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12).

14 V. paragrafi 14 e 15 delle presenti conclusioni.

15 Sentenza del 4 luglio 2019, Commissione/Germania (C-377/17, EU:C:2019:562).

16 V., in particolare, sentenze del 17 aprile 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punti da 71 a 75, punto 3 del dispositivo); e del 6 novembre 2018, Bauer e Willmeroth (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, punto 25, punto 2 del dispositivo).

31. Secondo il giudice del rinvio, non è possibile interpretare le disposizioni di diritto nazionale in modo tale da garantirne la conformità con la direttiva 2006/123, poiché si tratterebbe di un'interpretazione contra legem. Nelle sue osservazioni scritte e in udienza, la Commissione ha criticato la posizione del giudice del rinvio.

32. Sebbene in passato la Corte abbia più volte sottolineato l'obbligo degli organi giurisdizionali nazionali di interpretare atti giuridici, come una direttiva o una decisione quadro, in modo conforme al diritto dell'Unione, essa ha al contempo costantemente stabilito che il principio d'interpretazione conforme non può costituire una base per interpretare il diritto nazionale contra legem [17]. In considerazione del fatto che la Corte, come sottolineato dalla stessa, non è competente a decidere in materia di interpretazione del diritto nazionale di un determinato Stato membro [18], spetta in definitiva al giudice nazionale decidere se l'interpretazione conforme alla direttiva configuri un'interpretazione contra legem [19].

33. In questo contesto, posso, da un lato, concordare con la Commissione che i limiti all'interpretazione previsti nel diritto tedesco desumibili dal rinvio pregiudiziale, così come esposti dal giudice del rinvio, appaiono eccessivamente restrittivi, in particolare alla luce della giurisprudenza di organi giurisdizionali tedeschi esposta nella domanda di pronuncia pregiudiziale, dalla quale deriva che il ricorso al principio di buona fede espresso nel codice civile tedesco ha permesso in passato di disapplicare la controversa disposizione di diritto tedesco in una serie di casi simili. D'altro canto, di fronte alla posizione categorica del giudice del rinvio che tale giurisprudenza non possa essere applicata nella presente causa, non vedo motivi per cui la Corte debba sostituirsi al giudice del rinvio nella valutazione dei limiti di ammissibilità di interpretazione conforme nel diritto tedesco.

D. Eventuali basi per la disapplicazione della disposizione controversa da parte del giudice del rinvio

1. Peculiarità della direttiva 2006/123 – come strumento che concretizza una libertà fondamentale del mercato interno

34. A mio avviso, l'analisi del presente caso dovrebbe iniziare con un esame più attento delle peculiarità della direttiva 2006/123 in quanto atto che concretizza, tra l'altro, la libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 del TFUE. Sebbene tale questione non sia stata esplicitamente sollevata dalle parti nelle loro osservazioni, sembra tuttavia auspicabile che la Corte esamini nella presente causa più da vicino la relazione tra l'articolo 49 TFUE e la direttiva 2006/123.

35. Per quanto riguarda la prima parte della seconda questione sollevata dal giudice del rinvio, la Commissione ha escluso che dallo stesso articolo 49 TFUE possa desumersi l'obbligo di un giudice nazionale di disapplicare una disposizione di diritto nazionale in contrasto con tale articolo. Secondo la Commissione, il fatto che l'applicazione della disposizione tedesca in questione sia limitata ai rapporti interni escluderebbe l'applicazione dell'articolo 49 TFUE nel caso di specie. Tale argomento si basa sul presupposto che se nella causa ci fosse un elemento transfrontaliero e

17 V., in particolare, sentenze del 15 aprile 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punto 100); e del 29 giugno 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

18 V., in particolare, sentenza del 16 febbraio 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, punto 23).

19 V., in particolare, sentenze del 29 giugno 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, punto 39); e del 17 aprile 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punti da 73 a 75).

la disposizione di diritto tedesco in questione fosse applicabile, l'articolo 49 TFUE potrebbe essere invece invocato. Ciò significherebbe, altresì, che una situazione di fatto, che rientri nel campo di applicazione della direttiva 2006/123, potrebbe essere valutata anche sul piano di conformità all'articolo 49 TFUE. Ho notevoli dubbi a questo proposito, che vorrei, a questo punto, condividere con la Corte. A mio avviso, questi dubbi possono giustificare la possibilità di applicazione diretta della direttiva 2006/123 nel presente procedimento.

36. Guardiamo, quindi, più da vicino le peculiarità del capo III della direttiva 2006/123, che concretizza la libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE in relazione a quasi tutte le attività di servizi. Da questo punto di vista, la direttiva 2006/123 differisce da altri atti di diritto derivato che armonizzano aspetti selezionati, e di solito ristretti, della libertà di stabilimento in un determinato settore [20]. Ciò significa che le regole sviluppate nella giurisprudenza precedente, che disciplinano il rapporto tra le libertà previste dai trattati e le misure che armonizzano alcuni aspetti di tali libertà, non possono essere automaticamente trasposte nel contesto della direttiva 2006/123.

37. Innanzitutto vorrei ricordare due decisioni della Corte estremamente rilevanti. In primo luogo, con sentenza nella causa Rina Services la Corte ha stabilito che se una determinata questione rientra nel campo di applicazione della direttiva 2006/123, non è necessaria una sua ulteriore analisi alla luce delle disposizioni del trattato [21]. In secondo luogo, con sentenza X e Visser, la Corte ha stabilito che le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123, relativo alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi, devono essere interpretate nel senso che si applicano anche alla situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro [22].

38. In secondo luogo, occorre richiamare l'attenzione sugli elementi che dimostrano inequivocabilmente che, adottando la direttiva 2006/123, il legislatore dell'Unione mirava a realizzare, o a concretizzare, due libertà fondamentali del mercato interno, tra cui la libertà di stabilimento [23]. La direttiva 2006/123 non mira ad armonizzare aspetti selezionati delle attività di servizi, ma a specificare il trattato stesso. A tal fine, tale direttiva tiene conto in modo alquanto ampio della giurisprudenza esistente della Corte, precisando, in particolare, il divieto di applicare determinate limitazioni o specificando le eccezioni. Per quanto riguarda invece specificamente l'articolo 15 della direttiva, si nota chiaramente che il suo obiettivo è conciliare le competenze normative degli Stati membri in materia di condizioni di stabilimento dell'attività economica con l'esercizio effettivo della libertà di stabilimento, garantita dal trattato.

39. Dalla suesposta analisi emergono due conclusioni. In primo luogo, se la legislazione nazionale in esame rientra nel campo di applicazione della direttiva 2006/123 ed è *incompatibile* con essa, non è necessario esaminarne la sua compatibilità con il trattato. Questa sembra una conclusione ovvia e la Corte non ha dubbi al riguardo [24]. In secondo luogo, e questa è, a mio avviso, una conseguenza naturale della sentenza Rina Services [25], se la legislazione nazionale in questione

20 Ad esempio, direttiva 77/249/CEE del Consiglio, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati (GU 1977, L 78, pag. 17).

21 Sentenza del 16 giugno 2015, Rina Services e a. (C-593/13, EU:C:2015:399, punti 23 e seguenti).

22 V. sentenza del 30 gennaio 2018, X e Visser (C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, punto 3 del dispositivo).

23 V. considerando 5, 6 e 64 della direttiva 2006/123. V., anche, sentenza del 16 giugno 2015, Rina Services e a. (C-593/13, EU:C:2015:399, punto 40), dove la Corte ha chiaramente stabilito che la direttiva 2006/123 è un atto di diritto derivato che concretizza una libertà fondamentale stabilita dal Trattato FUE.

24 V. sentenze del 23 febbraio 2016, Commissione/Ungheria (C-179/14, EU:C:2016:108, punto 118); e del 30 gennaio 2018, X e Visser (C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punto 137).

25 Sentenza del 16 giugno 2015 (C-593/13, EU:C:2015:399).

rientra nel campo di applicazione della direttiva 2006/123 ed è *compatibile* con essa, non può essere messa in discussione in base alle disposizioni del trattato sulla libertà di prestazione di servizi e la libertà di stabilimento [26].

40. A mio avviso, questo ragionamento mette in dubbio la validità dell'argomentazione della Commissione secondo cui, se vi fosse un elemento transfrontaliero nel caso di specie e fosse applicabile la disposizione giuridica tedesca in questione, si potrebbe invocare l'articolo 49 TFUE. Ciò significherebbe, infatti, che gli stessi fatti potrebbero essere valutati sia in base alla direttiva 2006/123 sia in base all'articolo 49 TFUE. Secondo me questo sarebbe contrario all'intenzione del legislatore dell'Unione che, adottando questa direttiva, ha cercato di disciplinare in modo completo la libertà di stabilimento in relazione all'attività di prestazione di servizi. In altre parole, tutti i tipi e gli aspetti della libertà di stabilimento che rientrano nel campo di applicazione di tale direttiva non possono più essere valutati alla luce dell'articolo 49 TFUE.

41. Al contempo, come emerge dalla sentenza X e Visser [27], le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano anche in una situazione in cui tutti gli elementi rilevanti sono presenti in un unico Stato membro. Secondo me tale sentenza conferma l'intenzione del legislatore dell'Unione che la direttiva 2006/123, nell'ambito della sua applicazione, ha lo scopo di estendere la portata della libertà di stabilimento anche ai rapporti puramente interni [28].

42. A mio avviso, la tesi che il capo III della direttiva 2006/123 concretizzi la libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE significa che occorre considerare in modo particolare il problema dell'applicazione orizzontale di tale direttiva.

43. Sono convinto che, se un determinato stato di fatto rientra nell'ambito di applicazione del capo III della direttiva 2006/123, si deve escludere la possibilità di invocare la libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE al fine di contestare una normativa di uno Stato membro in una controversia contro una persona. Ciò non solo sarebbe contrario all'idea di concretizzare la libertà di stabilimento mediante l'adozione della direttiva 2006/123, ma comporterebbe anche analisi complesse in relazione alla portata sostanziale della libertà di stabilimento. Bisognerebbe allora valutare se una data normativa nazionale contraria alla direttiva sia anche contraria all'articolo 49 TFUE, assumendo ipoteticamente che la direttiva non sia stata adottata. Non ho dubbi che una tale soluzione violerebbe l'efficacia pratica della direttiva 2006/123.

44. Teoricamente è possibile basarsi sulla tradizionale esclusione dell'efficacia diretta orizzontale e ritenere che, indipendentemente dall'esistenza o meno di un elemento transfrontaliero nella controversia, sia esclusa la possibilità di invocare disposizioni del capo III di tale direttiva contro una persona. Tale soluzione sarebbe, a mio avviso, manifestamente inammissibile quantomeno per la semplice ragione che un atto di diritto derivato, come la direttiva 2006/123, non può in alcun modo limitare l'ambito di applicazione di una libertà prevista dai trattati, anche per quanto riguarda la sua applicazione in una controversia contro un privato.

[26] La contestazione di tale legislazione nazionale sarebbe possibile solo se determinate disposizioni della direttiva sui servizi fossero ritenute in contrasto con il trattato.

[27] Sentenza del 30 gennaio 2018, X e Visser (C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punto 3 del dispositivo).

[28] È difficile non vedere che questa soluzione ha molti vantaggi. Infatti, non è necessario ricercare in ogni situazione di fatto un elemento transfrontaliero, la cui esistenza è spesso difficile da individuare, per applicare direttamente una libertà prevista dal trattato.

45. Rimane, pertanto, l'unica soluzione che, a mio avviso, è quella corretta, che costituisce una conseguenza della constatazione che il capo III della direttiva 2006/123 non solo concretizza la libertà di stabilimento sancita dal Trattato, ma estende anche l'ambito della sua applicazione alle relazioni puramente interne. L'applicazione delle disposizioni del suddetto capo in una controversia contro un altro privato dovrebbe essere ugualmente ammissibile, così come è ammissibile invocare in situazioni simili direttamente la libertà di stabilimento sancita dal trattato.

46. Il contrasto della disposizione di diritto nazionale controversa con l'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2006/123 deve quindi essere esaminato dal giudice nazionale in concreto, senza tener conto della giurisprudenza che esclude l'efficacia diretta orizzontale delle direttive.

47. Di conseguenza, ritengo che, nel caso in cui sia impossibile un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, un giudice nazionale investito di una controversia tra persone riguardante un diritto basato su una disposizione nazionale, che fissa tariffe minime per i fornitori di servizi in modo contrario all'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123, deve disapplicare tale disposizione nazionale. Tale obbligo grava sul giudice nazionale in virtù dell'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE, che sono disposizioni che concretizzano la libertà di stabilimento derivante dall'articolo 49 TFUE

2. Applicazione analogica della giurisprudenza relativa alle disposizioni tecniche

48. Il governo dei Paesi Bassi ha suggerito, tra l'altro, che la Corte applichi, per analogia, anche alla presente causa la sua giurisprudenza sulle regolamentazioni tecniche non notificate.

49. Come la Corte stessa ha statuito, la sua giurisprudenza relativa alle regole tecniche è eccezionale e non c'è motivo di estenderla ad altre situazioni. La peculiarità della causa in cui la Corte l'ha adottata [29] derivava dal fatto che la direttiva in questione non introduceva né diritti né obblighi nei confronti degli individui, e non disciplinava il contenuto materiale della disposizione normativa in base alla quale il giudice nazionale doveva decidere la controversia pendente dinanzi a esso. Pertanto, la giurisprudenza relativa all'impossibilità di invocare, in una controversia tra persone, una direttiva che non è stata recepita non era rilevante in questi casi [30].

50. La presente causa non è simile alle cause che riguardano i regolamenti tecnici non notificati. L'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva non sono disposizioni che prevedono un obbligo di notifica. Non ci sono quindi motivi per applicare per analogia la giurisprudenza relativa alle regole tecniche non notificate.

3. L'utilizzo della direttiva come «scudo» e non come «spada»

51. Secondo il governo dei Paesi Bassi, dalla giurisprudenza precedente della Corte [31] emergerebbe che le persone non possono far valere una disposizioni della direttiva al fine di imporre ad un altro privato un obbligo derivante dalla direttiva stessa nelle ipotesi in cui tale obbligo non derivi dal

[29] V., in particolare, sentenze del 30 aprile 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, punto 48); del 26 settembre 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, punti 44, 50 e 51); e del 19 dicembre 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, punto 100).

[30] Sentenza del 7 agosto 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punto 53).

[31] Il governo di Paesi Bassi cita sentenze: del 7 agosto 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631) nonché del 24 gennaio 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33).

diritto nazionale (non può essere utilizzata come «spada»). Da ciò non deriverebbe invece che una persona non possa invocare una disposizione di una direttiva nell'ipotesi in cui la controparte cerchi di imporle un obbligo previsto da una disposizione di diritto nazionale che è in contrasto con la direttiva. Il governo dei Paesi Bassi ritiene che, in quest'ultima situazione (quando una direttiva è usata come «scudo»), spetti al giudice nazionale disapplicare la disposizione di diritto nazionale.

52. La Commissione ritiene necessaria tale distinzione. La Commissione sottolinea che dalla precedente giurisprudenza della Corte emergerebbe che una direttiva non può, *di per sé*, creare obblighi a carico di una persona e non può quindi essere invocata *in quanto tale* contro una persona. Nel caso in questione, tuttavia, l'obbligo dell'attore di *confermare* il compenso pattuito deriva dal contratto. La difesa della convenuta contro l'ulteriore rivendicazione dell'attore non si baserebbe quindi solo sulla direttiva, ma sulla direttiva in combinato disposto con il contratto. Non si tratterebbe quindi di una situazione in cui determinati diritti della persona derivano da una direttiva *di per sé* o *in quanto tale*.

53. La Commissione dubita, tuttavia, che quanto suesposto abbia valenza decisiva nella controversia. Ciò, in primo luogo, in considerazione della categorica posizione della Corte, ai sensi della quale una direttiva non può essere fatta valere in una controversia tra persone ai fini della disapplicazione di una normativa di uno Stato membro contraria a tale direttiva [32]. In secondo luogo, in considerazione della natura dei contratti tra privati, che sono caratterizzati dal fatto che le parti stesse determinano i loro diritti e obblighi, bilanciando i loro interessi. L'applicazione di una direttiva dovrebbe comportare, per forza di cose, un pregiudizio alla posizione di una delle parti, per cui non avrebbe rilievo decisivo se dalla stessa derivi un diritto o un obbligo. Si tratterebbe, in effetti, di due facce della stessa medaglia.

54. Condivido quest'ultima tesi della Commissione.

55. In primo luogo, l'idea che una direttiva in quanto tale produca un effetto diverso in un rapporto orizzontale a seconda che sia utilizzata come «spada» o come «scudo» non trova, a mio avviso, alcun sostegno nella formulazione dell'articolo 288, terzo comma, TFUE. Da quest'ultimo non deriva alcun potere di abrogare o rendere inefficaci, in un rapporto orizzontale, disposizioni nazionali che siano in contrasto con una direttiva.

56. Come correttamente osservato dalla Commissione, dalla giurisprudenza della Corte emerge, in sostanza, il divieto di desumere da una direttiva determinate conseguenze giuridiche, sia sotto forma di diritti che di obblighi, per le persone nei rapporti orizzontali. In realtà, determinare se una direttiva preveda un obbligo che una parte vuole imporre all'altra parte, o un solo un divieto di imporre un obbligo che deriva dal diritto nazionale, dipende dal contesto procedurale e dalla prospettiva adottata, per cui tale distinzione non si basa su un criterio oggettivo.

57. Invero, qualora dalla direttiva derivi il divieto di adottare norme che fissano un compenso minimo vincolante per una determinata prestazione, si può naturalmente sostenere che si tratti di una situazione in cui una disposizione di diritto nazionale impone un obbligo di pagamento di una somma superiore a quella concordata dalle parti; situazione di fronte alla quale la direttiva protegge come uno «scudo». Però, si può anche sostenere che dalla direttiva derivi indirettamente un diritto e un obbligo specifico per le persone: un diritto per il beneficiario di essere liberato dall'obbligazione a seguito del pagamento del prezzo concordato

[32] Sentenza del 7 agosto 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punto 44).

contrattualmente e un obbligo per il fornitore di servizi di considerare il pagamento del prezzo concordato contrattualmente come avente l'effetto di liberare il beneficiario da un obbligo contrattuale. Così, difendendosi in giudizio, il beneficiario del servizio con una mano alza il suo «scudo» ma allo stesso tempo, con l'altra mano, dà un colpo di «spada», per imporre al fornitore del servizio l'obbligo di considerare il pagamento di un importo inferiore alla tariffa minima come valido al fine di estinguere l'obbligazione.

58. Immaginiamo che il beneficiario di un servizio paghi indebitamente un corrispettivo maggiore di quello contrattualmente pattuito e poi chieda la restituzione di tale corrispettivo al fornitore. Il beneficiario del servizio cercherebbe così di imporre al fornitore l'obbligo di restituire la prestazione indebita. Il destinatario del servizio invocherebbe in questo caso la direttiva come una «spada». Altrettanto si verificherebbe se le parti avessero concordato un corrispettivo superiore alla tariffa massima applicabile e il fornitore, dopo aver ricevuto il pagamento della sola tariffa massima, cercasse di ottenere la differenza tra questa e l'importo concordato nel contratto. In sostanza, cercherebbe di imporre al beneficiario del servizio l'obbligo desumibile dalla direttiva di pagare il prezzo contrattualmente previsto. Invero nella presente causa non si tratta di tali ipotesi, me è logico che la soluzione in tutti i casi dovrebbe essere identica: se una norma di diritto nazionale non deve essere applicata, allora non deve essere applicata in nessuna di queste situazioni. L'argomentazione ricavata dall'imposizione di un obbligo alla persona non garantisce che tale risultato sia raggiunto in ogni contesto processuale e si basa su un criterio impreciso e vago.

59. Esaminando la proposta del governo dei Paesi Bassi da una prospettiva leggermente diversa, ci si potrebbe concentrare sulla semplice possibilità di invocare la direttiva nei confronti di una persona. Il funzionamento di una direttiva come «scudo» comporterebbe allora l'impossibilità di basare una decisione su una disposizione di diritto nazionale contrastante con la direttiva. In questo senso, l'utilizzo di una direttiva come «scudo» corrisponde alla cosiddetta invocazione della direttiva al fine di disapplicare una disposizione di diritto nazionale (fr. *invocabilité d'exclusion*) e costituisce il contrario dell'invocazione della direttiva al fine di inserire una sua disposizione a fondamento della decisione (fr. *invocabilité de substitution*) [33].

60. Questo criterio che distingue tra il modo in cui una direttiva opera come «scudo» e come «spada» (supponendo che ciò corrisponda alla distinzione tra «esclusione» e «sostituzione») è forse più preciso, ma si possono immaginare situazioni in cui una tale distinzione si rivelerà difficile da compiere.

61. Il punto è che nonostante le sollecitazioni da parte degli avvocati generali Saggio [34], Albera [35] e Ruiz-Jarabo-Colomera [36], la Corte sembra rigettare definitivamente tale ricostruzione nella sentenza Pfeiffer [37].

62. Effettivamente, in quest'ultima causa l'obbligo relativo all'orario di lavoro, in contrasto con la direttiva, derivava dal contratto collettivo, al quale si richiamava il contratto concluso dal lavoratore, e non dalla legge. La differenza tra i due casi si sostanzia nel fatto che in uno l'obbligo

33 V. conclusioni dell'avv. gen. Léger nella causa Linster (C-287/98, EU:C:2000:3, paragrafi 57 e seguenti) nonché l'ivi citato articolo Y. Galmot, J-C. Bonichot, La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, *Revue française de droit administratif*, 4(1), gennaio-febbraio 1988, pag. 16.

34 V. conclusioni dell'avv. gen. Saggio nelle cause riunite Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (da C-240/98 a C-244/98, EU:C:1999:620, paragrafo 38).

35 V. conclusioni dell'avv. gen. Alber nella causa Collino e Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:23, paragrafo 30).

36 V. conclusioni dell'avv. gen. Ruiz-Jarabo Colomer nelle cause riunite Pfeiffer e a. (da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2003:245, punto 58).

37 Sentenza del 5 ottobre 2004 (da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584).

contrario alla direttiva è allo stesso tempo espressamente contrario alle previsioni riguardanti il prezzo contenute in un contratto tra le parti (la presente causa), mentre nell'altro non c'era questa evidente contrarietà perché il contratto stesso non conteneva una disposizione relativa all'orario di lavoro ma rinviava al contratto collettivo che prevedeva tale obbligo (causa Pfeiffer [38]). Si può sostenere tuttavia che, in mancanza di una disposizione contrattuale specifica, il relativo obbligo è stato determinato da una disposizione di legge che specificava il tempo massimo di lavoro per i lavoratori. Il fatto che nella presente causa il contrasto derivi direttamente dal contenuto del contratto non può, a mio avviso, imporre una conclusione diversa nella presente fattispecie in merito all'efficacia diretta orizzontale della direttiva.

63. Riassumendo questa parte dell'analisi, ritengo che l'articolo 288, terzo comma, TFUE e la giurisprudenza della Corte non forniscano basi per ammettere che i diritti e gli obblighi delle persone possano essere resi vincolanti in forza della disposizione di una direttiva «in quanto tale» all'atto di determinare il fondamento giuridico di una decisione che risolva una controversia tra persone. In tale contesto, si deve ritenere che, in fase di determinazione della base giuridica di tale decisione, è irrilevante se una disposizione di diritto nazionale venga esclusa o sostituita da una disposizione di una direttiva o se la disposizione di una direttiva vada a integrare la base della decisione. In definitiva, i concetti di «sostituzione» o di «esclusione» di una disposizione di diritto nazionale in un rapporto orizzontale sono idonei solo a descrivere l'effetto dell'eventuale inserimento di una direttiva nell'iter di applicazione del diritto. Tuttavia, non c'è ragione per ritenere che una direttiva produca direttamente effetti in un rapporto orizzontale quando la sua considerazione abbia solo l'effetto di escludere l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale.

4. Richiamo dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, tra cui quello della libertà contrattuale

64. Nelle sue osservazioni scritte la Commissione ha proposto, come alternativa, la disapplicazione della disposizione controversa in considerazione del suo contrasto con la libertà contrattuale garantita dall'articolo 16 dalla Carta. Tale libertà include la libertà delle parti di determinare il prezzo della prestazione e viene limitata da una disposizione di diritto nazionale che prevede tariffe minime obbligatorie per alcuni servizi. In considerazione del carattere sproporzionato di tale limitazione imposta alla libertà contrattuale, la Commissione ritiene che la controversa disposizione di diritto tedesco, in quanto in contrasto con l'articolo 16 della Carta, debba essere ignorata dal giudice nazionale.

65. Anzitutto, esaminerò i presupposti che emergono dalla precedente giurisprudenza in merito alla possibilità di invocare la Carta al fine di disapplicare una disposizione di diritto nazionale in contrasto con una direttiva (punto a). Successivamente analizzerò se questi presupposti siano soddisfatti in relazione alla libertà contrattuale e al potere di determinare il prezzo (punto b). Infine, valuterò l'applicabilità della disposizione che sancisce questa libertà nel caso in questione (punto c).

[38] Sentenza del 5 ottobre 2004 (da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584).

a) Presupposti per invocare i principi generali del diritto dell'Unione, compresi quelli concretizzati nella Carta

66. Nella giurisprudenza inaugurata con la sentenza Mangold [39], la Corte ha ammesso la possibilità di disapplicare una disposizione di diritto nazionale in contrasto con una direttiva nei rapporti orizzontali quando ciò è imposto dai principi generali del diritto dell'Unione, tra cui quelli concretizzati nella Carta [40].

67. La Corte ha ritenuto, infatti, sussistente il presupposto per disapplicare una disposizione di diritto nazionale in contrasto con la direttiva 2000/78/CE del Consiglio [41], in quanto necessario al fine di garantire un principio generale del diritto dell'Unione, come il divieto di discriminazioni in base all'età [42] o il divieto di discriminazioni per motivi religiosi o di opinione [43], nonché il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva [44]. Nelle cause riguardanti la direttiva 2003/88/CE [45], la Corte ha stabilito che è giustificata la disapplicazione di disposizioni di diritto nazionale che violano il diritto del lavoratore alle ferie annuali retribuite, garantito dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta [46].

68. La Corte ha negato l'applicazione di tale soluzione in relazione agli obblighi derivanti dall'articolo 1 della terza direttiva 90/232/CEE del Consiglio [47], per il motivo che tale disposizione non può essere considerata come una concretizzazione di un principio generale del diritto dell'Unione [48]. In modo analogo la Corte ha deciso relativamente alla direttiva 2002/14/CE [49], disponendo che il divieto previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della stessa non può essere considerato come un principio di diritto direttamente applicabile né in base all'articolo 27 della Carta né in base alle spiegazioni riguardanti tale articolo [50].

39 Sentenza del 22 novembre 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, punto 76).

40 Il rapporto tra i principi generali del diritto dell'Unione e i diritti fondamentali garantiti dalla Carta non emerge in modo univoco dalla giurisprudenza della Corte. L'avv. gen. Cruz Villalón, nelle sue conclusioni nella causa Prigge e a. (C-447/09, EU:C:2011:321), ha ritenuto che dalla data di entrata in vigore del trattato di Lisbona, il principio generale del diritto dell'Unione costituito dal divieto di discriminazioni sia stato incorporato nel diritto positivo con la «Carta di Lisbona» (paragrafo 26 delle conclusioni). Nelle conclusioni, per semplificare, utilizzerò l'espressione «principi generali del diritto dell'Unione, tra cui quelli concretizzati nella Carta».

41 Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU 2000, L 303, pag. 16).

42 V., in particolare, sentenze del 22 novembre 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, punto 76); del 19 gennaio 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punto 46); e del 19 aprile 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punti da 35 a 37).

43 V., in particolare, sentenze del 17 aprile 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punti 76, 77 e 79); dell'11 settembre 2018, IR (C-68/17, EU:C:2018:696, punti da 69 a 71); e del 22 gennaio 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, punti 76 e 80).

44 V. sentenza del 17 aprile 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punto 78).

45 Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU 2003, L 299, pag. 9).

46 V., in particolare, sentenze del 6 novembre 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, punti 74, 80 e 81 nonché punto 2 del dispositivo); e del 6 novembre 2018, Bauer e Willmeroth (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, punti 80, 84 e 91).

47 Terza direttiva 90/232/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1990, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli (GU 1990, L 129, pag. 33).

48 V. sentenza del 7 agosto 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punto 48).

49 Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori [nella Comunità europea] (GU 2002, L 80, pag. 29).

50 V. sentenza del 15 gennaio 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punto 46).

69. La giurisprudenza della Corte viene a volte criticata dalla dottrina in quanto porta a un'applicazione troppo restrittiva della Carta nei rapporti tra le persone [51] e ricollega la sua applicazione a dei criteri poco chiari [52]. L'applicazione più ampia della Carta nei rapporti orizzontali è stata auspicata in passato anche da alcuni avvocati generali [53]. Nonostante ciò, la Corte rimane generalmente fedele al suo approccio cauto e casistico [54].

70. Il paradosso di tutta questa situazione è che, data l'inapplicabilità delle direttive nei rapporti orizzontali, l'efficacia della Carta, un atto di diritto primario avente la stessa forza dei Trattati, nei rapporti orizzontali viene scoperta nel corso degli anni «a rate», in occasione di successive domande di pronuncia pregiudiziale sulla possibilità di disapplicare una disposizione di diritto nazionale contraria a una direttiva non recepita o recepita in modo scorretto. In questo ambito, la Carta ha assunto, infatti, nella pratica una rilevanza particolare, diventando – per usare il linguaggio degli alchimisti – la pietra filosofale del diritto dell'Unione utilizzata per la trasmutazione delle norme vili (quelle che non producono l'effetto orizzontale delle disposizioni delle direttive) in nobili (quelle che producono tale effetto). È in tale occasione che sono stati sviluppati i principi in base ai quali è possibile invocare la Carta nei rapporti tra le persone.

71. Alla luce dello stato attuale della giurisprudenza della Corte, la condizione essenziale perché una disposizione della Carta possa costituire il fondamento autonomo per una decisione in un procedimento dinanzi ai giudici nazionali è che essa sia «autosufficiente» [55]. Una determinata disposizione deve infatti essere di per sé sufficiente a conferire alle persone un diritto che esse possano invocare nelle controversie con altre persone. Perché ciò sia possibile, deve derivarne un diritto assolutamente imperativo e incondizionato. Quest'ultima condizione non è soddisfatta se è necessaria l'adozione di ulteriori disposizioni, sia in diritto dell'Unione che in diritto nazionale, per determinare il contenuto di tale diritto [56].

72. Una condizione di applicazione di una disposizione della Carta al fine di conferire efficacia diretta orizzontale ad una disposizione di una direttiva è costituita inoltre dalla sussistenza di un legame tra una specifica disposizione della Carta e la disposizione della direttiva. Questo legame, in relazione a determinati diritti, deve consistere nella concretizzazione della disposizione della Carta attraverso una disposizione della direttiva [57].

51 V., ad esempio, D. Leczykiewicz, *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*, *European Law Review*, 2013, 38(4), pag. da 479 a 497.

52 V., ad esempio, E. Frantziou, *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2019, secondo la quale: «The judgments remain rooted in largely unpredictable, case-by-case assessments, which predominantly concern direct effect, but marginalise the overall significance of horizontality in the field of fundamental rights (as well as the risk of its over-extension)» (pag. 114).

53 V., in particolare, conclusioni dell'avv. gen. Cruza Villalón nella causa Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, paragrafi da 34 a 38).

54 Alla luce della recente giurisprudenza, tuttavia, ci si può chiedere se l'avv. gen. Bot confermerebbe oggi la sua opinione espressa nelle conclusioni nelle cause riunite Bauer e Broßonn (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:337, paragrafo 95), in cui ha definito tale approccio, adottato in passato, della Corte come «eccessivamente restrittivo».

55 V., sul punto, conclusioni dell'avv. gen. Bot nelle cause riunite Bauer e Broßonn (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:337, paragrafi 80 e 82 e dottrina ivi citata).

56 K. Lenaerts, The Role of the EU Charter in the Member States, in: *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, Hart, 2020, pag. 32 e 33; S. Prechal, Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 66 (2020), pag. 420.

57 Tale condizione non è assoluta. Nella giurisprudenza più risalente tale condizione sembrava avere un ruolo essenziale (v., ad esempio, sentenze del 19 gennaio 2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punto 21; del 19 aprile 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punti 22, 27, 35 e 38; e del 7 agosto 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punto 48). D'altro canto, nella sentenza del 6 novembre 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, punti 78 e 79), la Corte ha deciso che il diritto alla ferie annuali retribuite non necessita di una concretizzazione in diritto derivato. Analogamente la Corte ha deciso nella sentenza del 17 aprile 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punto 78), in relazione al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

73. Tali condizioni sono state soddisfatte in relazione all'articolo 16 della Carta nella parte in cui garantisce la libertà contrattuale?

74. Prima di rispondere alla suddetta domanda sottolineo che la presente causa non riguarda, invero, l'efficacia diretta orizzontale di una disposizione della Carta in senso classico. Non ci chiediamo infatti se una disposizione della Carta imponga direttamente un obbligo ad una delle parti del contratto, ma se nella controversia tra le persone si possa disapplicare una disposizione di diritto nazionale in considerazione della sua contrarietà con una disposizione della Carta, in questo caso con l'articolo 16 della medesima. Tuttavia, anche in tale ipotesi le suddette condizioni dovrebbero essere soddisfatte in quanto incidono sull'efficacia diretta della disposizione della Carta, ossia sulla sua applicazione diretta in una controversia pendente.

b) Libertà contrattuale

1) Considerazioni preliminari

75. La libertà contrattuale [58] costituisce uno dei principi essenziali del diritto privato, oltre a principi quali quello del dovere di rispettare i patti o il principio di buona fede. Pur essendo vero che le sue fonti si rinvengo nell'antichità, tradizionalmente si assume che questo principio abbia trovato la sua piena espressione per la prima volta nel Codice napoleonico [59].

76. Si può talvolta avere l'impressione che la libertà contrattuale sia, per usare una terminologia inglese, come «the elephant in the room». Tale libertà, a mio parere, non ha ancora trovato il suo giusto posto nel sistema giuridico dell'Unione. Si tratta, invece, del fondamento di quest'ultimo, soprattutto nel contesto del funzionamento delle libertà fondamentali [60]. Senza di essa, è impossibile immaginare un mercato interno e un'economia sociale di mercato altamente competitiva, di cui all'articolo 3, paragrafo 3, TUE, così come la conduzione della politica economica conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, di cui all'articolo 119 TFUE. Eppure tale libertà rimane nascosta dietro l'intero sistema di altri principi e diritti dell'Unione.

77. Forse la presente causa dovrebbe costituire un'occasione per la Corte per esaminare più da vicino la libertà contrattuale e per precisare il suo ruolo nel sistema giuridico dell'Unione.

2) Il riconoscimento della libertà contrattuale in diritto e nella giurisprudenza

78. Nell'attuale sistema giuridico la libertà contrattuale è garantita dall'articolo 16 della Carta. Tale libertà non è invero menzionata direttamente nel suo contenuto ma dalle spiegazioni relativa alla Carta dei diritti fondamentali [61] emerge che essa costituisce una parte integrante della libertà d'impresa alla quale si riferisce tale articolo.

58 Nella dottrina polacca spesso viene utilizzato il termine il «principio di libertà contrattuale». Al fine di evitare l'idea che io dia per assodata la qualificazione della libertà come «principio» e non come «diritto» ai sensi dell'articolo 52 della Carta, nelle conclusioni utilizzerò il termine «libertà contrattuale».

59 R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353(1) k.c.*, Cracovia, Zakamycze, 2005, pag. 41, che ribadisce, tuttavia, sulle orme di J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, 1993, pag. 41, che l'articolo 1134 di tale codice, per quanto tradizionalmente visto come un'espressione di questo principio, non lo esprime affatto.

60 Come sottolineato, di recente, da J. Basedow: «While the freedom of contract was a necessary element in the overall scheme of the internal market from the very beginning, it has only much more recently been acknowledged as a principle of EU law» (J. Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Anversa – Chicago, 2021, pag. 426, N. 68.)

61 Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17; in prosieguo: le «spiegazioni relative alla Carta»).

79. Un determinato articolo della Carta può garantire diversi diritti e libertà nonché disciplinare diversi principi [62]; alcuni di questi possono rispettare le condizioni per essere posti alla base di una decisione nei procedimenti davanti agli organi giurisdizionali nazionali, mentre altri no [63]. Il fatto che l'articolo 16 riguardi, tra l'altro, la libertà contrattuale non significa che le condizioni per invocarla davanti ai giudici nazionali siano valide anche in relazione agli altri diritti o libertà garantiti dall'articolo 16 della Carta. In considerazione dell'oggetto della presente causa, limiterò il mio esame alla libertà contrattuale e, in seguito, ad un esame del diritto specifico che da essa deriva.

80. Dalle spiegazioni relative alla Carta emerge chiaramente che il suo articolo 16 si limita a codificare la giurisprudenza della Corte in cui quest'ultima ha già riconosciuto che nel diritto dell'Unione vige la libertà contrattuale [64]. Lo status della libertà contrattuale come uno dei principii del diritto dell'Unione è stato successivamente confermato nella giurisprudenza della Corte formatasi dopo l'adozione della Carta [65]. Si può pertanto assumere che si tratti di una libertà consolidata, garantita nel diritto dell'Unione. Si assume, anche, che questa libertà costituisca un diritto e non un principio ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 5, della Carta [66].

3) Il contenuto della libertà contrattuale

81. La libertà contrattuale costituisce una sottocategoria della libertà in generale. Si tratta della libertà nella sfera delle obbligazioni di diritto privato. Questa libertà è spesso equiparata all'autonomia della volontà dell'individuo, ma ha una portata più ristretta, poiché non riguarda tutti gli atti giuridici, ma solo i contratti [67].

82. Tradizionalmente si assume che la libertà contrattuale è composta, quantomeno, dalle seguenti libertà: di concludere il contratto, di scegliere la parte contraente, di formulare il contenuto del contratto, e quindi anche il rapporto obbligatorio, e di scegliere la forma del contratto [68]. Ma nel diritto delle parti di formulare il contenuto del rapporto giuridico rientra anche il diritto di determinare l'ammontare delle prestazioni corrispettive, in particolare il prezzo o il compenso da corrispondere per una determinata prestazione dell'altra parte contraente.

62 V. le spiegazioni relative all'articolo 52, paragrafo 5, della Carta.

63 K. Lenaerts, op. cit., pag. 33, che sottolinea che, nel caso dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta, questa disposizione produce effetti diretti orizzontali solo per quanto riguarda il suo contenuto essenziale («the essence»).

64 Su questo punto, le spiegazioni relative alla Carta richiamano le sentenze del 16 gennaio 1979, Sukkerfabriken Nykøbing (151/78, EU:C:1979:4, punto 19); e del 5 ottobre 1999, Spagna/Commissione (C-240/97, EU:C:1999:479, punto 99).

65 V., in particolare, sentenze del 22 gennaio 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punti 42 e 43); del 18 luglio 2013, Alemo-Herron e a. (C-426/11, EU:C:2013:521, punti da 32 a 35); e del 24 settembre 2020, YS (trattamento pensionistico dei dirigenti) (C-223/19, EU:C:2020:753, punto 86).

66 Sentenza del 22 gennaio 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punti da 43 a 48). V., anche, P. Oliver, What purpose does Article 16 of the Charter serve?, in: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 12.06, pag. 295 e 296; H.D. Jarass, Art.16 Unternehmerische Freiheit, *Charta der Grundrechte des Europäischen Union. Kommentar*, 4. Auflage, 2021, Monaco di Baviera, C.H. Beck, 2021, Rn. 2.

67 P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353(1) k.c. Konstrukcja prawna*. Varsavia, C.H. Beck, 2005, pagg. 2 e 3.

68 *Ibidem*, pag. 3 e 4. Tale definizione coincide con il contenuto dell'articolo 1102 del codice civile francese, ai sensi del quale: «Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi». V., anche C. von Bar, E. Clive e Hans Schulte-Nölke (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Monaco di Baviera, Sellier, 2009, Book II – I:102: Party Autonomy (1): «Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules»; nonchè UNIDROIT Principles 2016, articolo 1.1, rubricato «Freedom of contract», dal seguente contenuto: «The parties are free to enter into a contract and to determine its content».

83. Tale forma di libertà si riflette nella giurisprudenza della Corte, che ha stabilito esplicitamente che l'imposizione da parte di uno Stato membro di un obbligo di concludere un contratto costituisce un'interferenza significativa nella libertà contrattuale [69] e che la libertà contrattuale comprende, in particolare: la libertà di scegliere il contraente commerciale [70]; il diritto delle parti di formulare i rispettivi obblighi [71], tra cui quello di determinare il prezzo per una determinata prestazione [72]; e, infine, il diritto di modificare un contratto precedentemente concluso [73].

84. Alla luce di quanto esposto, ritengo che la libertà contrattuale costituisca un diritto riconosciuto, sia negli ordinamenti giuridici degli Stati membri che nel diritto dell'Unione. Tale libertà conferisce alle persone alcuni diritti correlati all'obbligo di astenersi dall'interferire nell'autonomia delle parti, obbligando, in particolare, a concludere o risolvere contratti o imponendo un determinato contenuto dei contratti stessi.

4) Il significato del rinvio di cui all'articolo 16 della Carta

85. Il carattere categorico della conclusione raggiunta può essere messo in discussione alla luce del contenuto dell'articolo 16 della Carta. Infatti, da tale articolo emerge che la libertà d'impresa è riconosciuta «conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Orbene, la Corte, con sentenza nella causa Association de médiation sociale [74], ha deciso che dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta, contenente un rinvio analogo [75], «risulta (...) chiaramente (…) che tale articolo, per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni di diritto dell'Unione o del diritto nazionale» [76]. Di conseguenza, il divieto che condizionava la decisione in tale causa non poteva essere considerato come un principio di diritto direttamente applicabile né in base al contenuto dell'articolo 27 della Carta, né in base alle spiegazioni relative a tale articolo [77].

86. Tuttavia, contrariamente all'ipotesi dei diritti ai quali si riferisce l'articolo 27 della Carta, la libertà contrattuale, per quanto non indicata chiaramente nel contenuto dell'articolo 16, è stata menzionata nelle spiegazioni relative alla Carta come tutelata da tale articolo ed ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte. Non ci sono, pertanto, motivi per applicare semplicemente ad essa la giurisprudenza che si riferisce all'articolo 27 della Carta.

87. Ritengo inoltre che il rinvio al diritto dell'Unione e al diritto nazionale previsto nell'articolo 16 della Carta sia di natura diversa da quello dell'articolo 27 della Carta. In quest'ultimo caso, si tratta di un rinvio alle disposizioni che devono ancora formare il diritto in questione, mentre nel primo si tratta di un rinvio alle disposizioni che stabiliscono norme per esercitare un diritto che già esiste ed è garantito dalla Carta.

69 V., in particolare, sentenza del 28 aprile 2009, Commissione/Italia (C-518/06, EU:C:2009:270, punti da 66 a 71).

70 V., in particolare, sentenze del 22 gennaio 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punto 43); e del 20 dicembre 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, punto 50).

71 V., in particolare, sentenza del 20 maggio 2010, Harms (C-434/08, EU:C:2010:285, punto 36).

72 V., in particolare, sentenze del 22 gennaio 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punto 43); del 20 dicembre 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, punto 50); e del 24 settembre 2020, YS (trattamento pensionistico dei dirigenti) (C-223/19, EU:C:2020:753, punto 86).

73 V., in particolare, sentenza del 5 ottobre 1999, Spagna/Commissione (C-240/97, EU:C:1999:479, punto 99).

74 Sentenza del 15 gennaio 2014 (C-176/12, EU:C:2014:2).

75 L'articolo 27 della Carta prevede che: «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali».

76 Sentenza del 15 gennaio 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punto 45).

77 Sentenza del 15 gennaio 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punto 46).

88. Come emerge dalle spiegazioni relative alla Carta, il diritto garantito nell'articolo 16 «(…) si esercita nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali. Esso può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta». Come invece sottolineato dalla Corte, la libertà d'impresa non costituisce un diritto assoluto, ma deve essere esaminata alla luce della sua funzione sociale [78]. Tale libertà può subire diverse ingerenze da parte dei poteri pubblici, che hanno il diritto di introdurre limitazioni al suo esercizio per tutelare un interesse comune [79]. Lo stesso vale per quanto riguarda la libertà contrattuale.

89. In tale contesto, condivido l'opinione espressa in dottrina, che il rinvio di cui all'articolo 16 della Carta serve solo a sottolineare che, in relazione al diritto garantito da tale articolo, è ammissibile un maggior grado di interferenza dello Stato rispetto ad altri diritti. Questo rinvio non implica invece una limitazione del livello di tutela garantito da questo diritto, né implica che questo diritto abbia lo status di principio o di diritto «di seconda classe» [80].

90. Quanto ora esposto non cambia il fatto che, in pratica, sarà raro che le decisioni si basino unicamente sull'articolo 16 della Carta [81]. Rispetto ad altri diritti fondamentali, la libertà d'impresa, e quindi anche la libertà contrattuale, dovrà spesso cedere il passo ad altri valori protetti dal diritto dell'Unione [82]. La necessità di una profonda ingerenza nella libertà contrattuale è particolarmente evidente in riferimento ai mercati regolamentati e alle operazioni negoziali con i consumatori.

5) Il carattere autosufficiente dell'articolo 16 della Carta, nella parte in cui conferisce alle parti il potere di fissare il prezzo del servizio

91. Tra i suddetti diritti che compongo tale libertà e che sono stati confermati dalla giurisprudenza della Corte, nella presente causa assume rilievo il diritto delle parti contraenti di formulare il contenuto del rapporto giuridico, determinando il prezzo del servizio. La parte successiva dell'analisi si limiterà a questo diritto.

92. Ritengo che il diritto delle parti di determinare il prezzo del servizio costituente l'oggetto del contratto sia così ovvio, chiaro e inequivocabile che non necessiti di essere specificato nel diritto dell'Unione o nel diritto nazionale per poterne determinare il contenuto.

93. Nella parte in cui garantisce la libertà delle parti di determinare il prezzo del servizio, l'articolo 16 della Carta è, quindi, una disposizione «autosufficiente». Soddisfa, pertanto, una condizione essenziale per produrre direttamente effetti.

78 V., in particolare, sentenze del 9 settembre 2004, Spagna e Finlandia/Parlamento e Consiglio (C-184/02 e C-223/02, EU:C:2004:497, punti 51 e 52); del 6 settembre 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, punto 54); del 22 gennaio 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punto 45); e del 24 settembre 2020, YS (trattamento pensionistico dei dirgenti) (C-223/19, EU:C:2020:753, punto 88).

79 Sentenza del 22 gennaio 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punto 46).

80 Così, ad esempio, T. Leonard, J. Salteur, Article 16. Liberté d'entreprise, in: F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck (a cura di), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: commentaire article par article. 2e éd.*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pag. 407, § 15, pag. 415, § 24; H.D. Jarass, *op. cit.*, paragrafo 20.

81 P. Oliver, *op. cit.*, § 12.08, pag. 299. L'autore sostiene la tesi che tale disposizione si riferisca ai casi limite («extreme cases»).

82 Ad esempio rispetto al diritto di proprietà intellettuale – v. sentenza del 24 novembre 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, punto 50) o il diritto del popolo all'informazione – v. sentenza del 22 gennaio 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punto 66).

6) Limitazioni ammissibili della libertà contrattuale riguardo al potere di determinare il prezzo

94. Dalle osservazioni esposte al paragrafo 88 delle presenti conclusioni emerge che l'esistenza di limitazioni della libertà contrattuale è insita in tale libertà. Il suo contenuto è infatti determinato in modo negativo attraverso le limitazioni di tale libertà, stabilite dal diritto dell'Unione e dal diritto degli Stati membri. L'ammissibilità di tali limitazioni deve essere valutata alla luce dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta.

95. Una limitazione della libertà può avere la sua fonte nel diritto nazionale o nel diritto dell'Unione o, eventualmente, in entrambi [83].

7) Modalità di applicazione dell'articolo 16 della Carta nei rapporti orizzontali

96. Sorge la domanda, in che modo il diritto delle parti di determinare il prezzo del servizio debba essere invocato in una controversia tra persone. Il dubbio nasce dal fatto che l'invocazione del diritto in oggetto non si adatta pienamente al modello riconosciuto nella giurisprudenza fino ad oggi adottata.

97. La giurisprudenza della Corte che riconosce l'applicazione diretta dei principi generali del diritto dell'Unione, compresi quelli concretizzati dalla Carta, riguardava i diritti soggettivi delle persone che danno luogo a diritti specifici, ai quali sono correlati gli obblighi dell'altra parte della controversia. Il diritto alle ferie o quello a non essere discriminati è correlato a un obbligo dell'altra parte della controversia: a concedere le ferie o un'eventuale indennità per le ferie non godute; a concedere i diritti conferiti alle altre persone in una situazione simile [84].

98. Nel caso del potere di determinare il prezzo di un servizio questo ragionamento non può essere applicato. In primo luogo, dalla libertà contrattuale deriva il diritto della persona ad essere libero da interferenze nell'autonomia della volontà delle parti di un rapporto giuridico, sia di un rapporto eventuale che di uno già esistente. Non è un diritto così predeterminato come il diritto alle ferie o all'occupazione. In secondo luogo, non è un potere nei confronti di una persona, controparte della controversia. Infatti, la libertà contrattuale viene sostanzialmente violata mediante l'introduzione delle restrizioni al suo esercizio da parte di un soggetto esterno al rapporto giuridico, esistente od eventuale. La fonte di tali restrizioni è senza dubbio lo Stato, o qualsiasi altro soggetto in grado di adottare norme giuridiche vincolanti, che specifichino le norme per concludere contratti in un determinato campo. La parte sulla quale grava un obbligo derivante dalla libertà contrattuale non è, invece, un'altra persona, in particolare non lo è l'altra parte del contratto [85].

[83] In virtù del principio del primato, le limitazioni derivanti dal diritto nazionale non possono essere in contrasto con quelle derivanti dal diritto dell'Unione.

[84] Anche se la Corte non lo ammette esplicitamente, una conseguenza naturale del riconoscimento di un diritto, per esempio, a un'indennità per le ferie non godute è l'obbligo del datore di lavoro di pagarla.

[85] H.D. Jarass, *op. cit.*, paragrafo 2.

99. Il diritto di esigere il pagamento del prezzo concordato non può essere equiparato al diritto di determinare il contenuto del rapporto giuridico, incluso il prezzo. La fonte di questo diritto non è la libertà contrattuale ma uno specifico contratto già concluso. L'inadempimento o l'inesatto adempimento di un contratto ad opera di una delle parti non costituisce una violazione della libertà contrattuale, ma una violazione del principio di rispettare i propri obblighi [86].

100. In effetti, come la Commissione ha giustamente sottolineato in udienza, la libertà contrattuale protegge entrambe le parti di un contratto da interferenze esterne e non una di esse contro l'altra. Il potere fondamentale di determinare il prezzo è un potere congiunto di entrambe le parti e non di una di esse nei confronti dell'altra.

101. Da qui la conclusione che una violazione dei diritti derivanti dalla libertà contrattuale avviene, in primo luogo, sul piano verticale. Questo non è atipico perché, in quasi tutti i casi in cui la Corte ha riconosciuto l'efficacia orizzontale diretta della Carta, la violazione di un diritto fondamentale avveniva, dapprima, nei rapporti verticali, perché lo Stato non garantiva un'adeguata protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. Solo successivamente sorgeva la questione se, in assenza di una disposizione che offrisse tale protezione, un altro individuo fosse obbligato a tenere un comportamento positivo adeguato [87].

102. La peculiarità di una violazione della libertà contrattuale è che, formalmente, questa viene commessa nei confronti di entrambe le parti del contratto, ma può ripercuotersi in modo diverso sull'interesse giuridico di ognuna di loro. Per una parte può significare un ulteriore diritto e per l'altra un obbligo.

103. Poiché il principale modo in cui avviene un'interferenza nella libertà contrattuale è l'imposizione di limitazioni a tale libertà da parte dello Stato, l'unica difesa contro tale interferenza, in una controversia con una parte contrattuale che tragga i suoi diritti da una tale limitazione, è quella di eccepire l'illegittimità della limitazione stessa. La sua legittimità dipende, invece, dal rispetto delle condizioni che le limitazioni ai diritti e alle libertà devono soddisfare ai sensi dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta. L'accertamento dell'illegittimità della limitazione implica una violazione di un diritto fondamentale garantito dall'articolo 16 della Carta.

104. Alla luce di quanto precede, è evidente che un caso come quello in esame non riguarda l'efficacia diretta orizzontale nel senso classico, ossia in cui un determinato individuo è destinatario di una disposizione di legge e, di conseguenza, è obbligato ad agire in un determinato modo. Si tratta di invocare la Carta come uno standard di controllo al fine di dimostrare, in una controversia, l'illegittimità della disposizione posta a fondamento dell'azione giudiziaria [88].

105. Non vedo motivi per cui l'articolo 16 della Carta non possa costituire un tale standard di controllo di legittimità. Si tratta di una disposizione sufficientemente precisa e incondizionata nella parte rilevante ai fini della decisione nella presente causa, ossia nella parte in cui ne deriva la libertà degli individui di determinare i prezzi. Nell'ipotesi in cui tale articolo viene violato da

86 V., sul punto, una chiara distinzione tra i principi desumibili da UNIDROIT Principles 2016, commento all'articolo 1.3, rubricato «Binding character of contract»: «1. The principle pacta sunt servanda. This Article lays down another basic principle of contract law (…)».

87 V., sul punto, Frantziou, *op. cit., pag. 39, la quale sostiene*: «Indeed, it is not necessary to view vertical and horizontal obligations to protect fundamental rights as emphatically separate issues. Responsibility for violations of fundamental rights operates on a spectrum, which ranges from state obligations to the duties we owe to one another».

88 In dottrina viene rilevato che tali situazioni sono simili a quelle triangolari, da me menzionate al paragrafo 28 delle presenti conclusioni. D. Leczykiewicz, Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law, in: *General Principles of EU law and European Private Law*, Paesi Bassi, Wolters Kluwer, 2013, § 6.06, pag. 185.

una disposizione di diritto nazionale, anche relativamente alla Carta dovrebbero essere applicate le stesse regole vigenti quando una disposizione di diritto nazionale è in contrasto con le disposizioni dei trattati, che prevedono la disapplicazione della disposizione di diritto nazionale [89].

106. La tesi suesposta non è in alcun modo contraddetta dall'articolo 51, paragrafo 1, della Carta. La Corte ha già dichiarato che il fatto che alcune norme di diritto primario si applichino principalmente agli Stati membri non esclude che queste siano applicabili anche nei rapporti tra persone [90].

c) Applicazione della libertà contrattuale nel procedimento principale

107. La presente causa rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 16 della Carta. La disposizione nazionale controversa costituisce una limitazione della libertà contrattuale garantita da tale articolo e rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ossia l'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123.

108. La controversa disposizione di diritto nazionale è in contrasto con le summenzionate disposizioni della direttiva 2006/123, come risulta chiaramente dalla sentenza nella causa Commissione/Germania [91] e dall'ordinanza nella causa hapeg dresden [92]. Una sentenza emessa ai sensi dell'articolo 258 TFUE vincola gli organi giurisdizionali nazionali.

109. L'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123, stabilisce obblighi specifici per gli Stati per quanto riguarda l'adozione di disposizioni di diritto nazionale che prevedano una regolamentazione dei prezzi per i servizi che rientrano nell'ambito di applicazione del capo III di tale direttiva [93].

110. Nell'adottare tali disposizioni, il legislatore dell'Unione ha già ponderato i diversi diritti fondamentali concorrenti e ha valutato la proporzionalità della soluzione.

111. Nell'ambito di applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123, le restrizioni della libertà contrattuale derivanti dal diritto nazionale devono rimanere entro i limiti imposti dal diritto dell'Unione.

112. Di conseguenza, l'accertamento effettuato dalla Corte nella sentenza Commissione/Germania [94], che la disposizione di diritto nazionale controversa, che stabilisce una limitazione al potere di determinare liberamente il prezzo, è incompatibile con la disposizione di diritto dell'Unione che fissa i limiti all'adozione di una tale disposizione, implica la necessità di disapplicare la disposizione di diritto nazionale. Nel caso di un contrasto di tal genere, non si dubita, infatti, che la limitazione, stabilita dal diritto nazionale, al potere di determinare liberamente il prezzo non soddisfi le condizioni previste dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta. Essa viola, quindi, l'articolo 16 della Carta.

89 V., in particolare, sentenza del 9 marzo 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, punto 25).

90 V., in particolare, sentenza del 6 novembre 2018, Bauer e Willmeroth (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, punto 88).

91 Sentenza del 4 luglio 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

92 Ordinanza del 6 febbraio 2020 (C-137/18, non pubblicata, EU:C:2020:84).

93 Pongo, al contempo, l'attenzione sul fatto che dall'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123 non emerge il divieto assoluto di regolamentare i prezzi, ma soltanto l'obbligo di garantire che le disposizioni che prevedono tariffe minime e massime per determinati servizi rispettino i requisiti previsti dall'articolo 15, paragrafo 3, ossia i requisiti di non discriminazione, necessità e proporzionalità.

94 Sentenza del 4 luglio 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562)

113. Alla luce di ciò, il giudice del rinvio nel procedimento principale deve disapplicare la disposizione di diritto nazionale in questione, che è contraria alla direttiva 2006/123, in considerazione della necessità di rispettare il diritto fondamentale costituito dalla libertà contrattuale in relazione al potere delle parti di determinare il prezzo.

114. Pertanto, indipendentemente dalla conclusione esposta nella parte D della mia analisi, ritengo che qualora non sia possibile un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, un giudice nazionale, investito di una controversia tra persone riguardante un diritto desumibile da una disposizione nazionale, che fissa tariffe minime nei confronti dei fornitori di servizi in modo contrario all'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123, deve disapplicare tale disposizione nazionale. Tale obbligo grava sul giudice nazionale in forza dell'articolo 16 della Carta.

5. Obbligo di eseguire una sentenza che accerta l'inadempimento di uno Stato membro

115. Nella presente causa occorre chiedersi se il giudice nazionale sia tenuto a disapplicare la disposizione nazionale controversa sulla base della sentenza pronunciata ai sensi dell'articolo 258 TFUE, la quale ha accertato che tale disposizione è contraria alla direttiva.

116. Secondo giurisprudenza costante della Corte, la decisione, adottata in una sentenza emessa ai sensi dell'articolo 258 TFUE, che uno Stato membro è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in virtù del trattato, ha carattere dichiarativo [95]. Tuttavia, una sentenza crea obblighi in capo alle autorità di uno Stato, che sono tenute a eseguirla. Tale obbligo grava anche sugli organi giurisdizionali che, nell'esercizio delle loro funzioni [96], hanno il dovere di garantire la sua osservanza, compreso il dovere di disapplicare le norme contrarie al diritto dell'Unione [97].

117. Quest'ultimo obbligo costituisce di per sé un motivo per disapplicare, in un rapporto orizzontale, una disposizione di diritto nazionale contraria a una direttiva?

118. Penso di no.

119. In primo luogo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, essa non ha il potere di annullare gli atti legislativi degli Stati membri [98]. Ebbene, ammettere che una disposizione di diritto nazionale, il cui contrasto con una direttiva risulti da una sentenza pronunciata ai sensi dell'articolo 258 TFUE, non possa, in ragione di tale sentenza, essere applicata dai giudici avrebbe un effetto equiparabile all'annullamento di tale disposizione.

120. In secondo luogo, come ha sottolineato la Corte stessa nella sentenza Waterkeyn e a. [99], nel caso in cui venga emessa una sentenza che dichiara che uno Stato membro ha violato obblighi previsti dai trattati, gli organi giurisdizionali di tale Stato sono tenuti, ai sensi dell'[attuale]

95 Sentenza del 16 dicembre 1960, Humblet/Belgio (6/60-IMM, EU:C:1960:48).

96 V., in particolare, sentenza del 14 dicembre 1982, Waterkeyn e a. (da 314/81 a 316/81 e 83/82, EU:C:1982:430, punto 14).

97 V., in particolare, sentenze del 13 luglio 1972, Commissione/Italia (48/71, EU:C:1972:65, punto 7); e del 19 gennaio 1993, Commissione/Italia (C-101/91, EU:C:1993:16, punto 24).

98 Sentenza del 16 dicembre 1960, Humblet/Belgio (6/60-IMM, EU:C:1960:48, pag. 1145)

99 Sentenza del 14 dicembre 1982 (da 314/81 a 316/81 e 83/82, EU:C:1982:430, punto 16).

articolo 260, paragrafo 1, TFUE, a trarne le conseguenze adeguate. Tuttavia, deve essere inteso che determinati diritti delle persone non derivano dalla sentenza, ma dalle disposizioni del diritto dell'UE che producono direttamente effetti nell'ordinamento giuridico nazionale.

121. Con la suesposta argomentazione coincide la giurisprudenza della Corte, inaugurata con la sentenza Francovich [100], sulla responsabilità di uno Stato membro per danni in caso di errato o mancato recepimento di una direttiva, dalla quale emerge che in tale situazione la domanda di risarcimento dei danni si basa sulle norme del diritto dell'Unione e non sulla sentenza, che accerta una violazione degli obblighi da parte di uno Stato membro in quanto tale [101].

122. Ritengo, pertanto, che una sentenza emessa ai sensi dell'articolo 258 TFUE, pur imponendo obblighi specifici ai giudici di uno Stato membro, non attribuisca loro alcuna nuova competenza oltre a quelle già conferite. Pertanto se, in forza del diritto dell'Unione, nell'ipotesi in cui una disposizione di diritto nazionale sia in contrasto con una disposizione di diritto dell'Unione che produce direttamente effetti, il giudice nazionale è obbligato a disapplicare la disposizione di diritto nazionale, allora una sentenza pronunciata ai sensi dell'articolo 258 TFUE semplicemente attua tale obbligo.

123. L'articolo 260, paragrafo 1, TFUE non può essere interpretato nel senso che una sentenza emessa ai sensi dell'articolo 258 TFUE comporti l'imposizione alle persone di nuovi obblighi che, ai sensi dell'articolo 288, terzo comma, TFUE, non possono essere invece imposti alle persone dalla direttiva stessa. In tal caso, una sentenza emessa ai sensi dell'articolo 258 TFUE avrebbe l'effetto di modificare l'effetto vincolante delle disposizioni della direttiva quali fonte del diritto dell'Unione.

124. Così come l'interpretazione di una disposizione di una direttiva adottata in una sentenza pregiudiziale vincola il giudice del rinvio, ma non introduce modifiche alle regole che disciplinano l'applicazione della direttiva nei rapporti orizzontali, così anche, a mio avviso, non vi è motivo per ritenere che un simile effetto possa essere prodotto da una sentenza emessa ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

125. Da una tale sentenza deriva senza dubbio una specifica interpretazione del diritto dell'Unione. Detta interpretazione è vincolante per gli organi giurisdizionali nazionali in sede di applicazione della legge e il giudice nazionale deve tenerne conto. È irrilevante che tale obbligo coincida con l'obbligo di conformarsi ad una sentenza emessa in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

126. Per le ragioni suesposte, ritengo che la pronuncia di una sentenza ai sensi dell'articolo 258 TFUE non costituisca di per sé una base per disapplicare in un rapporto orizzontale una disposizione di diritto nazionale, alla quale si riferisce detta sentenza, contraria alla direttiva.

100 Sentenza del 19 novembre 1991 (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428)

101 V. punti 40, 41 e 44 di detta sentenza.

V. Conclusioni

127. In base alle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali formulate dal Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania) nei seguenti termini:

Un giudice nazionale che esamina una controversia tra persone relativa ad un diritto derivante da una disposizione dell'ordinamento nazionale, che stabilisce tariffe minime per fornitori di servizi in modo contrastante con l'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, deve disapplicare tale disposizione di diritto nazionale. Quest'obbligo grava sul giudice nazionale in base:

– all'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123 – in quanto disposizione che concretizza la libertà d'impresa, prevista dall'articolo 49 TFUE, nonché

– all'articolo 16 delle Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.