CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE M. POIARES MADURO presentate il 1° ottobre 2009[1]

I — Fatti e contesto normativo

1. Uno dei compiti più difficili ma, al tempo stesso fondamentali della Corte di giustizia è quello di controllare i limiti dell'azione dell'Unione. Ciò è fondamentale per conservare l'equilibrio dei poteri tra gli Stati e l'Unione ed è altresì vitale al mantenimento di un corretto equilibrio dei poteri tra le istituzioni dell'Unione medesima. Inoltre, l'esercizio del controllo sulle azioni dell'Unione è importante al fine di garantire un'adeguata responsabilità politica all'interno degli Stati membri (atteso che l'Unione incide sul loro equilibrio dei poteri interno) nonché un'adeguata distribuzione di tale responsabilità politica tra l'Unione e gli Stati membri (così da consentire ai cittadini di individuare chi è realmente responsabile per che cosa). Il sindacato giurisdizionale non costituisce, tuttavia, l'unico strumento mediante il quale controllare i poteri dell'Unione e, in particolare, della Comunità. Le procedure di adozione delle decisioni in cui si inquadra l'esercizio dei poteri della Comunità e la partecipazione a tali procedure concessa agli Stati membri e alle singole istituzioni comunitarie costituisce spesso lo strumento più efficace di controllo di detti poteri. Si può senz'altro affermare che, per un lungo periodo di tempo, la Corte non è stata chiamata ad esercitare un ruolo predominante nel controllo dei poteri della Comunità, in quanto vi erano già forti limiti a tali poteri incardinati nelle relative procedure di adozione delle decisioni. Tuttavia, con la crescita delle competenze della Comunità ed i cambiamenti intervenuti nelle rispettive procedure decisionali, questa Corte è stata chiamata sempre più frequentemente ad esercitare tale ruolo. Una delle aree di maggiore difficoltà riguarda l'estensione delle competenze della Comunità nell'ambito del mercato interno e, in particolare, l'ampiezza del potere della Comunità di legiferare sulla base dell'art. 95 CE. La fattispecie in esame costituisce un buon esempio. Essa verte, essenzialmente, sulla questione se la Comunità possa disciplinare i prezzi ai sensi dell'art. 95 CE e, in caso affermativo, entro quali limiti e subordinatamente a quali condizioni. Non vi è dubbio che, nel contesto del funzionamento del mercato interno, la Comunità abbia il potere di intervenire con riguardo tanto ai prezzi fissati dalle imprese (sulla base delle norme in materia di concorrenza) ovvero dagli Stati membri (sulla base delle norme di libertà di circolazione). Ci si chiede, peraltro, se la Comunità stessa possa emanare una normativa, sulla base dell'art. 95, volta, ad esempio, a fissare taluni limiti di prezzo e, in caso affermativo, in presenza di quali circostanze. La risposta che la Corte è chiamata a dare dipende da come noi intendiamo, in linea generale, l'obiettivo perseguito dall'art. 95. A mio modo di vedere, l'interpretazione che questa Corte ha dato all'art. 95 evidenzia come non si tratti di una disposizione intesa ad attribuire alla Comunità un potere legislativo generale sul mercato interno. Al tempo stesso, tuttavia, la Corte non ha limitato l'art. 95 CE all'attribuzione alla Comunità dei soli poteri necessari ad eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato interno. Le relative ragioni vanno

1 — Lingua originale: l'inglese.

rinvenute nella duplice natura di tale disposizione. Si tratta di una disposizione intesa all'adozione di misure aventi ad oggetto la realizzazione e il funzionamento del mercato interno, sostituendo peraltro misure nazionali che perseguono un complesso di obiettivi di regolamentazione del mercato. Il fatto che l'intervento della Comunità risulti necessario ai fini del mercato interno non deve tuttavia pregiudicare il conseguimento di tali altri obiettivi di regolamentazione. Qualsiasi interpretazione che si intenda dare all'art. 95 deve mantenere tale equilibrio. La giustificazione dell'intervento della Comunità discende dall'obiettivo dell'integrazione del mercato, ma l'intervento della Comunità deve garantire la libertà politica di scelta tra una serie di politiche di regolamentazione del mercato. L'interpretazione e l'applicazione dell'art. 95 alla fattispecie in esame deve essere operata alla luce di tale esigenza sottesa.

2. La fattispecie in esame verte su una questione di validità del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 27 giugno 2007, n. 717, relativo al roaming sulle reti pubbliche di telefonia mobile all'interno della Comunità (in prosieguo: il «regolamento sul roaming») che ha modificato il quadro regolamentare comune (in prosieguo: il «QRC») al fine di stabilire prezzi massimi validi per tutta la Comunità (cd. «Eurotariffe») per quanto attiene al roaming sulle reti pubbliche di telefonia mobile all'interno degli Stati membri [2]. Il QRC consiste in una serie di misure comunitarie che hanno istituito un sistema di procedure armonizzate dirette a fissare il quadro normativo con riguardo ai servizi di comunicazione elettronica nell'Unione. Anteriormente all'adozione del regolamento sul roaming, il QRC non attribuiva alle istituzioni comunitarie il potere di fissare prezzi massimi per il roaming validi in tutta la Comunità.

3. La Vodafone e altri hanno adito la High Court of Justice of England and Wales contestando la validità del regolamento sul roaming. Il detto giudice nazionale ha quindi proposto alla Corte le seguenti domande di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE:

«a) se il regolamento (CE) n. 717/2007 sia invalido, in tutto o in parte, per inadeguatezza dell'art. 95 CE quale fondamento normativo.

2 — Il «roaming» consiste nell'uso di una rete di telefonia mobile da parte di un operatore di uno Stato membro diverso da quello della rete dell'utente di telefonia mobile.

b) se l'art. 4 del regolamento (CE) n. 717/2007 [nel combinato disposto con gli artt. 2, lett. a), e 6, n. 3, nella parte in cui fa riferimento all'eurotariffa ed agli obblighi ivi connessi] sia invalido per il fatto che l'imposizione di tariffe massime di roaming al dettaglio violerebbe il principio di proporzionalità e/o il principio di sussidiarietà.»

4. Come emerge da tali questioni, la questione di legittimità del regolamento si basa sull'affermazione secondo cui il regolamento sul roaming è invalido in quanto l'art. 95 CE non costituirebbe idoneo fondamento normativo per l'azione della Comunità e che, anche in caso contrario, l'imposizione, mediante il regolamento, di controlli sui prezzi di vendita costituirebbe violazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. Suggerisco di esaminare anzitutto la questione del fondamento normativo prima di passare all'esame delle questioni attinenti al rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà.

5. I passi pertinenti dell'art. 95 CE così recitano:

«1. In deroga all'articolo 94 e salvo che il presente trattato non disponga diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 14. Il Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

2. Il paragrafo 1 non si applica alle disposizioni fiscali, a quelle relative alla libera circolazione delle persone e a quelle relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti.

3. La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo.»

6. I rilevanti passi dell'art. 14 dispongono quanto segue:

«1. La Comunità adotta le misure destinate all'instaurazione del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992, conformemente alle disposizioni del presente articolo e degli articoli 15, 26, 47, paragrafo 2, 49, 80, 93 e 95 e senza pregiudizio delle altre disposizioni del presente trattato.

2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato.»

A — *Fondamento normativo*

7. Come ripetutamente affermato da questa Corte, l'art. 95 può essere utilizzato quale fondamento normativo in caso di divergenze o potenziali divergenze che siano «tali da ostacolare le libertà fondamentali o da causare distorsioni della concorrenza» [3]. Misure adottate su tale fondamento risulteranno valide «solo quando risulti obiettivamente ed effettivamente dall'atto giuridico che quest'ultimo ha come fine il miglioramento delle condizioni di attuazione e di funzionamento del mercato interno» [4]. L'art. 95 non attribuisce una competenza generale a disciplinare il mercato interno [5]. Conseguentemente, normative fondate sull'art. 95 non possono limitarsi ad essere volte a disciplinare il mercato interno secondo modalità che il legislatore comunitario ritenga auspicabili. Come questa Corte ha già avuto modo di affermare, consentire un siffatto uso dell'art. 95 non sarebbe solo contrario al tenore stesso del medesimo, ma risulterebbe altresì incompatibile con il fondamentale principio costituzionale secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione [6]. Ciò si porrebbe inoltre in conflitto con l'esistenza di altri fondamenti normativi nel Trattato che attribuiscono specifiche competenze alla Comunità al fine di disciplinare particolari aspetti del mercato.

8. Ciò non significa che una normativa emanata sulla base dell'art. 95 non possa perseguire obiettivi di regolamentazione autonomi. Infatti, se l'art. 95 venisse interpretato nel senso che esso attribuisce alla Comunità unicamente i poteri necessari ad eliminare gli ostacoli all'integrazione dei mercati, l'intervento della Comunità subordinerebbe sempre altre finalità di regolamentazione del mercato a quanto strettamente necessario ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione. Ciò equivarrebbe ad affermare che il legislatore comunitario potrebbe adottare unicamente misure volte a realizzare un mutuo riconoscimento, atteso che tali misure risulterebbero sempre sufficienti ad evitare l'insorgere o la persistenza di ostacoli alla libera circolazione. Qualsiasi altra misura risulterebbe eccessiva se il legislatore comunitario, nell'agire ai sensi dell'art. 95 al fine di eliminare restrizioni alla libera circolazione, non potesse mai andare oltre quanto sufficiente a tal fine. Ciò implicherebbe che l'art. 95 potrebbe promuovere l'integrazione del mercato solamente mediante una «deregulation» dei mercati nazionali. Una siffatta interpretazione introdurrebbe nell'art. 95 una specifica preferenza di ordine politico, laddove nessun elemento del Trattato consente di avvalorare tale interpretazione. Come illustrato dall'avvocato generale Fennelly, la giurisprudenza della Corte non impone di interpretare gli artt. 7 A, 57, n. 2, e 100 A del Trattato (divenuti artt. 14 CE, 47, n. 2, CE, e 95 CE) come una sorta di carta

3 — Sentenza 10 febbraio 2009, causa C-301/06, Irlanda/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea («Conservazione dei dati», Racc. pag. I-593, punti 63-64).

4 — Sentenza 2 maggio 2006, causa C-217/04, Regno Unito/Parlamento e Consiglio (Racc. pag. I-3771, punto 42).

5 — Sentenza 5 ottobre 2000, causa C-376/98, Repubblica federale di Germania/Parlamento e Consiglio (Racc. pag. I-8419, punto 83).

6 — Ibid.

liberale che autorizzi un'armonizzazione verso i livelli più bassi o persino verso una media dei preesistenti livelli nazionali [7]. Per contro, una corretta lettura dell'art. 95 deve operare una distinzione tra quanto innesca l'armonizzazione comunitaria (il rischio di restrizioni alla libera circolazione o di distorsioni della concorrenza) e le finalità e il contenuto dell'armonizzazione medesima. Quest'ultima dev'essere in grado di raggiungere i vari obiettivi normalmente perseguiti dalle misure nazionali cui la legislazione comunitaria andrà a sostituirsi. In altre parole, l'art. 95 CE dev'essere interpretato nel senso che consente al legislatore comunitario di perseguire e ponderare una serie di obiettivi di regolamentazione quando la sua competenza sia scaturita dalla necessità di procedere all'armonizzazione di un determinato settore.

9. L'art. 95 può, infatti, costituire il fondamento per una regolamentazione intensificata che si aggiunga a misure di deregulation. Si tratta, in linea di principio, di scelte di natura politica. L'art. 95, n. 3, dispone in effetti specificamente che la normativa di cui costituisce il fondamento normativo deve perseguire un elevato livello di tutela della salute, della sicurezza, dell'ambiente e dei consumatori. Tuttavia, tali obiettivi devono collocarsi in un quadro legislativo generale volto alla creazione e al funzionamento del mercato interno tramite il ravvicinamento e l'armonizzazione delle leggi, regolamenti e dell'azione amministrativa degli Stati membri. In altre parole, la misura della Comunità deve contribuire all'integrazione del mercato anche quando non debba essere limitata a quanto strettamente necessario per una maggiore integrazione dei mercati. Sebbene un'ulteriore integrazione dei mercati costituisca un requisito necessario ai fini dell'attribuzione alla Comunità di competenze ex art. 95 CE, l'esercizio di tali competenze non dev'essere limitato a obiettivi di integrazione del mercato. In caso contrario, risulterebbe pregiudicato il raggiungimento di altri legittimi obiettivi di regolamentazione che gli Stati membri non possano più perseguire essi stessi.

10. Il nucleo fondamentale della questione di validità sollevata con riguardo al regolamento per quanto attiene al suo fondamento normativo riguarda tale punto. La Vodafone sostiene che, considerato che il QRC aveva già realizzato un'ampia armonizzazione della normativa degli Stati membri nel settore della telefonia mobile, il regolamento sul roaming non poteva mirare all'armonizzazione delle normative degli Stati membri in tale settore. Conseguentemente, il regolamento implicherebbe un inammissibile ricorso all'art. 95 a fini di regolamentazione del mercato interno.

11. Tuttavia, come ripetutamente sottolineato dalla Corte, il fatto che un'ampia armonizzazione sia stata precedentemente realizzata in un determinato settore sulla base

7 — Ibid., Conclusioni dell'avv. gen. Fennelly, paragrafo 85.

dell'art. 95 «non implica minimamente che il legislatore comunitario non possa modificare o adeguare tali norme e, se necessario, introdurne di nuove, per meglio perseguire gli obiettivi» delle originarie misure di armonizzazione [8]. Come precedentemente rilevato, tali obiettivi non devono essere limitati all'integrazione dei mercati, ancorché quest'ultima sia necessaria per giustificare l'esercizio dei poteri della Comunità. Ragionare in senso contrario significherebbe affermare che la Comunità non sia in grado di rimediare a vizi in misure di armonizzazione fondate sull'art. 95. Quando il legislatore comunitario agisce sul fondamento dell'art. 95, lo fa con modalità che riflettono particolari scelte politiche. Ciò implica l'individuazione di un particolare livello, ad esempio, di tutela del consumatore ed il rigetto di altre opzioni che prevedano livelli di tutela più alti o più bassi. Tali scelte possono produrre conseguenze negative impreviste, ovvero, come avviene nelle società democratiche, il mutamento di maggioranze politiche potrà tradursi nel convincimento che una precedente decisione abbia operato un'inadeguata ponderazione tra i vari interessi in gioco. Sarebbe assurdo e contrario ai principi della democrazia se il legislatore comunitario fosse impossibilitato a rivedere precedenti scelte politiche adottate nel contesto di una normativa emanata sulla base dell'art. 95, al fine di riflettere mutamenti dell'opinione pubblica e nuove conoscenze ovvero al fine di porre rimedio a conseguenze negative impreviste di misure di armonizzazione. Anche nel caso in cui una misura di armonizzazione, quale il QRC, si sia rivelata efficace nella prevenzione delle distorsioni della concorrenza e degli ostacoli alla libera circolazione e possa essere considerata volta a garantire la realizzazione ed il funzionamento del mercato interno, il legislatore comunitario deve rimanere libero di adeguare tale misura, allineandola allo sviluppo delle conoscenze o alle preferenze politiche [9]. Conseguentemente, risulta infondata la censura dedotta contro l'adozione del regolamento sul roaming, sulla base del rilievo che il QRC avrebbe già provveduto all'armonizzazione nel relativo settore.

12. Coloro che hanno contestato la validità del regolamento sul roaming hanno parimenti suggerito che, considerato che il regolamento ha accolto un'impostazione che si discosta significativamente da quella assunta nel QRC, il regolamento stesso non può essere considerato quale modifica di quest'ultimo [10]. La possibile discrepanza tra il provvedimento di modifica e l'impostazione accolta nel QRC nulla toglie al fatto che si tratti di un emendamento. Gli emendamenti possono apportare aggiunte ed integrazioni ad una misura di armonizzazione [11]. Possono parimenti modificarla. Infatti, la necessità di procedere ad una modifica può sorgere proprio in quanto può risultare che determinate misure

8 — Sentenza 8 novembre 2007, causa C-374/05, Gintec International (Racc. pag. I-9517, punto 29).

9 — V. sentenza 10 dicembre 2002, causa C-491/01, British American Tobacco (Investments and Imperial Tobacco, Racc. pag. I-11453, punto 80), in cui la Corte ha affermato che l'evoluzione delle conoscenze scientifiche non è il solo motivo per cui il legislatore comunitario può decidere di adeguare la legislazione comunitaria, dal momento che esso può, nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone in questo settore, tener conto anche di altri fattori, quali la cresciuta importanza attribuita sul piano politico e sociale alla lotta contro il tabagismo.

10 — Il QRC prevede l'intervento da parte delle autorità di regolamentazione nazionale e, in linea generale, in situazioni in cui risulti che un determinato operatore di mercato disponga di un «significativo potere di mercato». Il regolamento sul roaming prevede la fissazione di prezzi vigenti in tutta la Comunità anche in situazioni in cui non è stata dimostrata l'esistenza di un significativo potere di mercato.

11 — V. supra, nota 4.

di armonizzazione operino in modo insoddisfacente richiedendo, quindi, un intervento di modifica che si discosti dall'originaria impostazione [12]. La Corte ha chiaramente affermato che misure di armonizzazione possono essere adottate sulla base di mutevoli considerazioni politiche, dichiarando, con riguardo alle modifiche introdotte al regime comunitario armonizzato nel settore dei prodotti del tabacco, che il legislatore comunitario «può assolvere correttamente il compito che gli è affidato di vigilare alla protezione degli interessi generali riconosciuti dal Trattato, (...) solo se è libero di adeguare la normativa comunitaria pertinente a qualsiasi modifica delle circostanze o a qualsiasi sviluppo delle conoscenze» [13]. L'evoluzione delle conoscenze può esigere l'introduzione di modifiche che si discostino dalla impostazione accolta nell'originaria misura di armonizzazione. Il fatto che il regolamento sul roaming abbia adottato un'impostazione non in linea con quella accolta nel QRC non significa che non possa essere considerato quale emendamento a quest'ultimo. Gli incontestabili limiti ai poteri attribuiti alla Comunità dall'art. 95 CE non possono operare nel senso di imporre all'Unione di seguire una determinata forma di armonizzazione anche quando questa si sia rivelata inadeguata.

13. D'altro canto, il legislatore comunitario, se è libero di rivedere, mediante gli strumenti di modifica legislativa, le scelte politiche accolte nelle misure di armonizzazione adottate ai sensi dell'art. 95, non può attribuire a se stesso il potere per legiferare su materie che esulino dalla sfera dell'art. 95 semplicemente descrivendo tali misure quali emendamenti. La normativa attinente, ad esempio, ad un settore diverso da quello oggetto della misura di armonizzazione originaria, come una modifica del QRC volta a fissare, ad esempio, quote di pesca, non potrebbe essere considerata una modifica valida [14]. A mio parere, ciò varrebbe parimenti nel caso in cui una misura legislativa comunitaria proibisse, per assurdo, totalmente la prestazione di servizi di roaming [15]. Né la Comunità può, indicando semplicemente una determinata misura come modifica, adottare validamente una normativa che armonizzi i settori di competenza degli Stati membri senza che sia soddisfatto il requisito che la normativa medesima miri ad eliminare disparità ovvero potenziali disparità tra le normative nazionali, «tali da ostacolare le libertà fondamentali o da causare distorsioni della concorrenza» [16]. In altre parole, non occorre che la modifica stessa sia giustificata dall'esigenza di eliminare ostacoli

12 — V. supra, nota 9, punto 80.

13 — Ibidem, punto 77.

14 — Tale ipotesi non ricorre nella specie, atteso che il potere di fissare i prezzi massimi con riguardo ai servizi di roaming ricade chiaramente nella materia oggetto delle originarie misure di armonizzazione, vertenti sui servizi di comunicazione elettronica nell'ambito degli Stati membri.

15 — Tuttavia, nella sentenza 14 dicembre 2004, causa C-210/03, Swedish Match AB e Swedish Match UK (Racc. pag. I-11893), la Corte ha ammesso che l'art. 95 consente l'adozione di una misura comunitaria che proibisca totalmente il commercio di un determinato prodotto, sempre che sussistesse il rischio di differenti normative nazionali suscettibili di creare ostacoli al commercio del prodotto medesimo. La Corte sembra accettare la tesi che il rischio di ostacoli nel commercio di un determinato prodotto possa giustificare il divieto totale di vendita a livello comunitario del prodotto medesimo. Per quanto ci si possa chiedere in quale misura un siffatto divieto mantenga un collegamento con le finalità dell'art. 95 (ai fini degli obiettivi di tale articolo, una libera circolazione limitata risulterà sempre migliore di una sua totale esclusione) la fattispecie in esame non esige che la Corte riavvii il dibattito in merito. Come illustrerò più chiaramente in prosieguo, ritengo, tuttavia, che l'adozione di qualsivoglia misura (ivi inclusa una misura modificata) non esiga semplicemente, quale punto di partenza, l'accertamento di disparità tra normative nazionali suscettibili di creare ostacoli agli scambi affinché la misura medesima risulti giustificata ex art. 95. Essa deve contribuire agli obiettivi perseguiti da tale articolo. Non occorre, tuttavia, che la misura si limiti agli obiettivi medesimi.

16 — Causa C-301/06, «Conservazione dei dati», cit., nota 3, paragrafi 63-64.

agli scambi o distorsioni della concorrenza, bensì la misura, come modificata, deve essere sempre finalizzata al perseguimento degli obiettivi previsti dall'art. 95. Stabilire, tuttavia, come tali principi debbano essere applicati concretamente non è compito facile.

14. A mio parere, tale operazione esige che la Corte collochi la modifica nel contesto generale della normativa di cui trattasi, in modo da poter determinare se tale normativa (come modificata) possa continuarsi a ritenere volta al rafforzamento dell'integrazione dei mercati, soddisfacendo, in tal modo, le condizioni di applicazione dettate dall'art. 95. La modifica può parimenti risultare giustificata laddove sia necessario correggere uno specifico problema con riguardo al quale le misure di armonizzazione originarie impediscano agli Stati membri di intervenire efficacemente.

15. Nella specie, un approccio per individuare un fondamento ex art. 95 della normativa in esame, come modificata, potrebbe consistere nel dimostrare l'esistenza di rischi derivanti da divergenti misure nazionali di controllo dei prezzi. Tale rischio non può essere tuttavia accertato alla luce della situazione successiva all'adozione del QRC e dei possibili limiti da questo imposti quanto all'adozione di misure nazionali di controllo dei prezzi. In tal caso, risulterebbe impossibile al legislatore comunitario modificare qualsiasi misura che, nella sua forma originaria, eliminasse efficacemente gli ostacoli agli scambi anche quando il suo impatto su altri obiettivi politici potesse giustificare ora una disciplina diversa. Ciò sarebbe inaccettabile per le ragioni esaminate supra: l'adozione di misure ai sensi dell'art. 95 deve garantire la libertà politica di scegliere tra una serie di opzioni politiche nella disciplina del mercato. L'accertamento da compiersi nell'ambito dell'art. 95 non deve consistere nel chiedersi se la modifica sia necessaria, nel contesto della normativa modificata, al fine di eliminare ostacoli agli scambi, bensì nel chiedersi se la normativa così modificata serva ancora ad eliminare gli ostacoli agli scambi. A tal fine, occorrerà considerare quella che sarebbe stata la situazione in assenza di qualsivoglia intervento normativo della Comunità in materia. È ovvio che i potenziali ostacoli agli scambi risultanti da provvedimenti nazionali di controllo dei prezzi [17] possono essere evitati mediante imposizione di limiti alle norme nazionali sui prezzi ovvero mediante una disciplina di prezzi a livello comunitario. Il fatto che il legislatore nazionale possa aver originariamente scelto il primo dei detti due approcci al fine di eliminare gli ostacoli agli scambi non può impedire la successiva adozione di un approccio differente, qualora altri obiettivi politici lo richiedano. Ciò non significa che la scelta tra due differenti forme di tutela degli obiettivi dell'art. 95 sia totalmente libera per il legislatore comunitario. Può non essere così alla luce di altre regole comunitarie, quali i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Questa è, tuttavia, una questione diversa dall'accertamento se uno dei detti approcci sia ammissibile (nella sua forma originaria o come modificato) ai sensi dell'art. 95. Quest'ultimo postula unicamente l'esistenza di disparità legislative nazionali

17 — V. ad esempio la sentenza della Corte 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e a. (Racc. pag. I-11421).

suscettibili di creare ostacoli al commercio o distorsioni della concorrenza e che la misura comunitaria serva ad eliminarli. Esso non impone una determinata scelta normativa circa le modalità con cui tali ostacoli debbano essere eliminati.

16. Resta da verificare, a tal riguardo, se, nella specie, in assenza di una normativa comunitaria, sussistesse effettivamente il rischio di misure nazionali di controllo dei prezzi differenti e se queste fossero tali da creare ostacoli agli scambi giustificando l'adozione di misure comunitarie di controllo dei prezzi. In altre parole, ci si chiede se, in assenza del QRC, sussistesse il rischio di ostacoli ai servizi di roaming derivanti da misure nazionali di controllo dei prezzi differenti.

17. Nella giurisprudenza della Corte è stato chiaramente evidenziato come misure nazionali di controllo dei prezzi possano creare restrizioni agli scambi. Mentre misure di tal genere non costituiscono «di per sé misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa», esse «possono nondimeno avere questo effetto se i prezzi si collocano ad un livello tale che la vendita delle merci importate diventa o impossibile o più difficile di quella delle merci nazionali» [18]. Nel contesto di regimi di prezzi che impongono prezzi massimi, ciò si verifica quando i prezzi si collochino «ad un livello tale che la vendita delle merci importate diventa o impossibile o più difficile di quella delle merci nazionali» [19]. Ciò avviene quando i prezzi massimi sono fissati ad un livello talmente ridotto che fornitori stranieri non possono realizzare profitti ragionevoli [20], quando i fornitori stranieri si trovano di fronte a costi più elevati non presi in considerazione nella fissazione dei prezzi massimi ovvero nel caso in cui il tetto dei prezzi impedisca una corretta remunerazione dei servizi di qualità superiore prestati dai fornitori stranieri [21].

18. Tuttavia, non tutte le misure nazionali di controllo dei prezzi sono potenzialmente tali da creare ostacoli agli scambi e l'insorgenza

18 — Sentenza della Corte 13 novembre 1986, cause riunite 80/85 e 159/85, Edah, (Racc. pag. 3359, punto 11). V. anche sentenze della Corte 26 febbraio 1975, causa 65/75, Tasca (Racc. pag. 291, punto 135); 24 gennaio 1978, causa 82/77, Van Tiggele (Racc. pag. 25); nonché 13 novembre 1986, causa C-287/89, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2233, punto 17).

19 — Sentenza 19 marzo 1991, Commissione/Belgio, causa C-249/88, Racc. pag. 1275, punto 15.

20 — Sentenza Commissione/Belgio, causa C-249/88, cit. nota 19, punto 17.

21 — V. paragrafi 69-75 delle mie conclusioni nelle cause riunite C-202/04 e C-94/04, presentate all'udienza del 1º febbraio 2006, Cipolla e a., cit. nota 17.

di tali ostacoli deve essere verosimile [22]. A mio modo di vedere, il legislatore comunitario non ha dimostrato, né al momento dell'adozione della misura originaria né a quello dell'adozione della modifica, che tale rischio esistesse. Paradossalmente, l'argomento più forte che depone nel senso dell'esistenza di tale rischio potrebbe essere desunto dall'argomento delle ricorrenti nella causa principale, secondo cui il QRC, nella versione inizialmente approvata dal legislatore comunitario, esigendo il previo accertamento dell'esistenza di un «significativo potere di mercato» (SPM) prima di poter procedere ad un intervento regolamentare, restringeva il potere degli Stati membri di fissare sistemi di controllo dei prezzi nel settore delle comunicazioni mobili. Da tale rilievo si potrebbe dedurre che il QRC costituisse la reazione al pericolo che la fissazione di differenti prezzi massimi o minimi da parte delle autorità degli Stati membri competenti nel settore delle comunicazioni mobili potesse essere fonte di ostacoli e di distorsioni della concorrenza nel mercato unico. In tal caso, la scelta che il legislatore ha dovuto operare nell'elaborazione del QRC era quella di affrontare tale pericolo o restringendo il potere degli Stati membri di fissare prezzi nel settore de quo o di fissare prezzi applicabili a tutta l'Unione (ove la valutazione di tale scelta con riguardo al rispetto dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà costituirebbe una questione del tutto differente). Ognuna delle due scelte costituirebbe un contributo effettivo al funzionamento del mercato interno. Il legislatore, postulando il previo accertamento dell'SPM prima di poter procedere ad un intervento di regolamentazione, ha scelto la prima opzione. Il fatto che tale scelta sia stata efficace nell'impedire l'insorgere di ostacoli agli scambi e di distorsioni della concorrenza non deve impedire l'accoglimento di un approccio regolamentativo differente fintantoché tale differente approccio continui ad evitare ostacoli al commercio e alle distorsioni della concorrenza. Tuttavia, la realtà è che l'imposizione, operata dal QRC, di limiti al potere regolamentare degli Stati membri è stata effettuata in termini generali, senza essere specificamente volta ad evitare differenze nei controlli nazionali nei prezzi e senza essere basata sullo specifico accertamento della probabile insorgenza di ostacoli agli scambi derivanti da futuri controlli nazionali sui prezzi. Pertanto, non posso ritenere che il rischio di possibili divergenze future nei controlli nazionali dei prezzi suscettibili di creare ostacoli agli scambi sia stato dimostrato al punto tale da giustificare l'adozione delle misure comunitarie di controllo dei prezzi ex art. 95.

22 — V. sentenze 12 dicembre 2006, causa C-380/03, Germania/Parlamento e Consiglio (Racc. pag. I-11573, punto 37); British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco, cit. nota 9, punto 61; Swedish Match, cit. nota 15, punto 30; nonché 12 luglio 2005, cause riunite C-154/04 e C-155/04, Alliance for Natural Health e a. (Racc. pag. I-6451, punto 29) e sentenza «Conservazione dei dati», cit. nota 3, punto 64.

19. Ritengo, tuttavia, che il legislatore comunitario potesse legittimamente

disciplinare i prezzi del roaming in base all'art. 95 per una ragione differente: segnatamente, la rimozione di restrizioni alla libera circolazione derivanti dai comportamenti di soggetti privati che svantaggino le attività economiche transfrontaliere. Si può ragionevolmente ritenere che le differenze di prezzo tra le chiamate effettuate nell'ambito del proprio Stato membro di appartenenza e quelle effettuate in roaming scoraggino l'utilizzazione di servizi transfrontalieri quali il roaming [23]. Il metodo scelto dal legislatore nell'affrontare il problema degli elevati costi del roaming è stato quello di un tetto massimo dei prezzi applicabile a tutta l'Unione. Tale metodo deve poter essere giustificato alla luce degli obiettivi dell'art. 95. Questi, come emerge dal tenore dell'articolo medesimo, sono «*l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*» [24], ove il mercato interno costituisce «*uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del Trattato*» [25]. Svantaggiare le attività transfrontaliere costituisce un potenziale impedimento alla realizzazione di un mercato interno in cui sia garantita la libera circolazione di merci, servizi e capitali, scoraggiando i consumatori dall'effettuare attività economiche transfrontaliere quali l'utilizzazione dei servizi di roaming. Non vi è forse attività economica transfrontaliera più evidente nel settore delle telecomunicazioni del roaming stesso. L'imposizione di un tetto massimo dei prezzi sui servizi di roaming può essere legittimamente considerato come funzionale alla realizzazione del mercato interno, rimuovendo gli ostacoli ad attività economiche transfrontaliere.

20. Sebbene l'imposizione di un siffatto tetto massimo dei prezzi abbia implicato l'imposizione ai soggetti privati, definiti in contrapposizione alle pubbliche autorità, di una normativa a livello comunitario, l'accettazione di tale misura non attribuisce alla Comunità carta bianca per utilizzare l'art. 95 CE come strumento di regolamentazione di qualsivoglia attività economica. Il regolamento sul roaming è consistito in un intervento del legislatore comunitario volto a disciplinare non semplici atti di soggetti privati generatori di effetti indesiderati, bensì atti di soggetti privati che svantaggiavano direttamente l'attività economica transfrontaliera (roaming) rispetto all'attività economica intra-nazionale (utilizzazione nazionale di servizi di telefonia mobile). Azioni, ivi incluse quelle di soggetti privati, che sfavoriscano direttamente attività transfrontaliere possono essere più facilmente qualificate come impedimenti alla realizzazione del mercato interno. Ovviamente, la maggior parte delle azioni dei singoli sul mercato non possiedono il potenziale di restringere la libera circolazione e, conseguentemente, non possono, di per sé, giustificare l'adozione di normative fondate sull'art. 95. Solamente laddove le azioni di soggetti privati incidano direttamente sull'attività transfrontaliera ponendosi in una posizione tale da restringere effettivamente l'attività transfrontaliera medesima e la libera circolazione, l'intervento comunitario volto a disciplinare tali azioni può essere validamente fondato sull'art. 95.

23 — Come ho rilevato in varie conclusioni, da ultimo in quelle presentate all'udienza del 22 aprile 2009 nella causa C-115/08, Land Oberösterreich/ČEZ, paragrafo 12, l'assoggettamento di fattispecie transfrontaliere ad un trattamento meno favorevole rispetto a quello previsto per fattispecie puramente interne può costituire una restrizione dei diritti di libera circolazione dai quali il mercato interno dipende.

24 — Art. 95 CE.

25 — Art. 14 CE.

21. A tal riguardo, chiedo semplicemente alla Corte di applicare le logiche conseguenze della propria giurisprudenza in materia di applicazione orizzontale delle regole della libera circolazione all'analisi dell'art. 95. In tale contesto, la Corte ha riconosciuto che, in presenza di determinate circostanze, le azioni di singoli possono costituire restrizioni alla libera circolazione. Ciò è avvenuto, ad esempio, nelle cause International Transport Workers' Federation e Finnish Siemens Union e Laval un Partneri [26] [27], riguardanti azioni di sindacati che impedivano ad un armatore di reimmatricolare la propria nave in un altro Stato membro e ad un'impresa di costruzioni di prestare servizi in un altro Stato membro. Le azioni dei sindacati incidevano direttamente sulle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi e la Corte ha affermato che le regole della libera circolazione si applicavano direttamente nei confronti dei sindacati, ancorché questi fossero soggetti privati. Nell'elaborare tale conclusione la Corte si è richiamata a precedenti in cui aveva riconosciuto l'impatto diretto che azioni di protesta da parte di singoli, impedendo il trasporto di beni, potevano produrre sulla libera circolazione dei beni medesimi [28]. L'art. 95 fornisce al legislatore comunitario il fondamento per intervenire in situazioni in cui garantire unicamente che le autorità nazionali non pongano in essere atti suscettibili di pregiudicare libertà fondamentali non è sufficiente a garantire il funzionamento del mercato interno [29]. Pertanto, è del tutto naturale che tali restrizioni alla libera circolazione possano essere parimenti oggetto di disciplina dell'art. 95 CE.

22. In un caso celebre, la Corte ha, ad esempio, affermato che talune regole di federazioni di calcio, che disciplinavano, inter alia, il trasferimento transfrontaliero di giocatori di calcio costituivano restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori. Mi sembra evidente che ciò non giustifichi solamente il divieto comunitario di regole di tal genere bensì parimenti l'adozione di una normativa comunitaria ai sensi dell'art. 95 [30]. Se la Comunità può legittimamente vietare una determinata azione di un soggetto privato, essa ben potrà parimenti disciplinare semplicemente l'azione

26 — Sentenza della Corte 11 dicembre 2007, causa C-438/05 (Racc. pag. I-10779).

27 — Sentenza della Corte 18 dicembre 2007, causa C-341/05 (Racc. pag. I-11767).

28 — V. parimenti sentenze della Corte 9 dicembre 1997, causa C-265/95, Commissione/Francia (Racc. pag. I-6959), nonché 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger (Racc. pag. I-5659).

29 — Su tale questione, v. Armin von Bogdany e Jürgen Bast, *The Vertical Order of Competences* in «Principles of European Constitutional Law», Oxford Hart Publishing, 2006. V. parimenti Alexander Somek, «Individualism», Oxford University Press, 2008, pag. 128, il quale afferma, in modo non acritico, che la più recente giurisprudenza della Corte relativa all'art. 95 «riconosce che le libertà fondamentali ed il potere legislativo sono funzionali ad uno stesso ed unico obiettivo». V. parimenti Joseph Weiler «*The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods*'» in Paul Craig and Gráinne de Búrca The Evolution of EU Law, (Oxford, Hart Publishing, 1999). Tuttavia, non difendo necessariamente un parallelismo così stretto. Ciò che sostengo è che, quantomeno in taluni casi, i motivi per l'applicazione delle regole sulla libera circolazione ai soggetti privati possano essere trasposti all'art. 95.

30 — La questione se tale potere possa essere esercitato, con quali modalità e con quali finalità, costituisce un problema diverso sul quale la Corte non è tenuta a pronunciarsi nella specie.

medesima. Ciò non implica l'attribuzione alla Comunità del potere di disciplinare tutte le azioni dei singoli. Tale potere sussiste solamente quando tali azioni, come rilevato precedentemente e parallelamente all'obiettivo orizzontale di applicazione delle regole sulla libera circolazione, riguardino direttamente attività transfrontaliere ponendosi in una posizione tale da restringere effettivamente l'attività transfrontaliera medesima e la libera circolazione. Per contro, misure quali il tentativo di regolamentare i prezzi, ad esempio, di valigie o di consumazioni nei ristoranti non implicano un pregiudizio diretto nei confronti di attività economiche transfrontaliere e, conseguentemente, non consentono di dimostrare la sussistenza del grado di impatto sulla libera circolazione e sulla realizzazione del mercato interno necessario per l'esercizio del potere legislativo della Comunità ai sensi dell'art. 95.

23. Così come le condizioni di applicazione delle regole sulla libera circolazione ai soggetti privati sono più rigorose rispetto a quelle applicabili agli enti pubblici, la normativa comunitaria emanata sul fondamento dell'art. 95 al fine di disciplinare le azioni di soggetti privati che incidano sulla realizzazione del mercato interno deve soddisfare talune specifiche condizioni. Per quanto attiene al caso di specie, deve sussistere un pregiudizio diretto per un'attività transfrontaliera. Laddove le azioni di soggetti privati restringano effettivamente un'attività transfrontaliera, tali azioni possono essere soggette a disciplina comunitaria.

24. La tesi da me sostenuta diviene forse ancor più chiara estendendola parimenti all'azione (ovvero all'inazione) dello Stato. Si potrebbe affermare che è l'«accettazione», da parte dello Stato, dell'applicazione, da parte degli operatori, di prezzi discriminatori tra chiamate nazionali e chiamate in roaming che determina restrizioni alle comunicazioni mobili transfrontaliere. In tal senso, sarebbe possibile giustificare l'intervento della Comunità ai sensi dell'art. 95 sul fatto che la normativa nazionale non è stata in grado di impedire l'applicazione di un trattamento discriminatorio alle comunicazioni mobili transfrontaliere [31].

25. Devo aggiungere un'ulteriore considerazione per quanto attiene alla questione del fondamento normativo. Come ho osservato supra, una modifica può risultare giustificata dalla necessità di apportare correzioni ad un particolare problema con riguardo al quale la misura di armonizzazione iniziale impedisce agli Stati membri di attuare efficace rimedio. Come si legge sia nelle osservazioni di Vodafone sia nei considerando 4 e 9 del regolamento sul roaming, il quadro regolamentare istituito dal QRC prevedeva l'intervento *ex ante* delle autorità di regolamentazione nazionale solo previo accertamento dell'esistenza di un «*significativo potere di mercato*» («SPM») esercitato da determinati operatori di mercato. Conseguentemente, in assenza di un siffatto accertamento, l'intervento delle autorità di regolamentazione nazionale non era possibile nell'ambito del sistema vigente.

31 — Il termine «prezzi discriminatori» deve essere usato con cautela in tale contesto per una serie di motivi, non da ultimo per il fatto che potrebbero in realtà sussistere legittime giustificazioni per differenze di prezzo tra chiamate nazionali e chiamate in roaming. Ciò che appare evidente è che non si ravvisa una chiara giustificazione per le differenze di prezzo esistenti, il che ha costituito il fondamento dell'intervento della Comunità.

Atteso che la Commissione [32] e lo European Regulators' Group (Associazione dei Regolatori Europei, in prosieguo: l'«ERG») [33] avevano individuato costi dei servizi di roaming eccessivi, anche in mercati che non erano risultati soggetti all'SPM, il QRC stesso costituiva un ostacolo al potere dell'autorità di regolamentazioni nazionali o comunitarie di istituire un quadro normativo che riducesse gli oneri di servizi di roaming. Essendo state individuate l'esistenza di carenze del mercato e di costi di ordine sociale nel contesto del regime di regolamentazione armonizzato e, di fatto, causati da tale regime di regolamentazione, il legislatore comunitario deve poter disporre, per le ragioni indicate supra ed illustrate dalla Corte nelle sentenze Gintec e Tobacco II [34], del potere di intervenire in tale situazione attribuendo competenze a livello nazionale o comunitario al fine di modificare un quadro normativo risultato inefficace.

26. La Comunità dispone pertanto del potere per affrontare il problema degli elevati prezzi richiesti per i servizi di roaming, modificando il QRC. Ciononostante, come rilevato supra, occorre operare una distinzione tra il potere regolamentare, da un lato, e le questioni dell'intensità dell'intervento regolamentare quanto del livello al quale tale intervento viene attuato. Il fatto che una normativa sia adottata sulla base dell'art. 95 quale modifica di elementi della precedente normativa di armonizzazione non esenta tale modifica dai vincoli di competenza comunitaria insiti in tale articolo e nei principi generali del diritto comunitario. Una delle limitazioni al ricorso all'art. 95 CE quale fondamento normativo è costituita dal requisito secondo cui il potere attribuito dalla normativa medesima alla Comunità dev'essere esercitato secondo modalità proporzionali agli obiettivi perseguiti, dovendo altresì risultare giustificato alla luce del principio di sussidiarietà.

B — *Sussidiarietà*

27. La decisione del legislatore comunitario di fissare prezzi massimi, applicabili in tutta la Comunità, con riguardo sia ai prezzi all'ingrosso sia a quelli al dettaglio, solleva serie questioni in relazione al principio di sussidiarietà. Per quanto attiene ai prezzi all'ingrosso, è facile individuare le ragioni per le quali era necessaria un'azione a livello comunitario. Le tariffe di vendita all'ingrosso vengono applicate dagli operatori al di fuori dello Stato membro di appartenenza degli utenti. Conseguentemente, l'autorità di regolamentazione nazionale nello Stato dell'utente non potrà agire nei confronti dei fornitori dello Stato visitato dal medesimo che addebitino tariffe eccessive alla rete del paese dell'utente stesso. Inoltre, le autorità di regolamentazione nazionale non hanno alcun incentivo

32 — V. decisione della Commissione 12 luglio 2006, COMM(2006) 382 Def.

33 — V. la risposta dell'ERG del 22 marzo 2006 alla richiesta della Commissione di osservazioni in merito alla proposta di regolamento CE sul mercato internazionale del roaming.

34 — Cit. rispettivamente alle note 8 e 9.

a controllare le tariffe all'ingrosso applicate agli operatori stranieri ed agli utenti dei medesimi.

28. La regolamentazione delle tariffe al dettaglio risulta, invece, più problematica. Una volta fissate tariffe massime all'ingrosso e una volta eliminato il requisito del previo accertamento dell'SPM per poter attuare un intervento di regolamentazione, la Comunità avrebbe potuto attribuire alle autorità di regolamentazione nazionali il potere di fissare prezzi massimi al dettaglio per i servizi di roaming laddove ritenessero che le tariffe applicate dai provider nei rispettivi Stati fossero eccessive. Per contro, il regolamento sul roaming ha optato per la soluzione di fissare una tariffa massima al dettaglio applicabile in tutta la Comunità. Tale decisione di regolamentare la questione a livello comunitario anziché a livello nazionale esige una giustificazione in considerazione dell'assoggettamento dell'ordinamento giuridico-comunitario al principio di sussidiarietà. Il principio di sussidiarietà, sancito dall'art. 5 CE, stabilisce che la Comunità è autorizzata ad agire solamente laddove gli obiettivi dell'azione proposta non possano essere sufficientemente perseguiti dagli Stati membri e possano quindi essere meglio perseguiti, in considerazione delle dimensioni e degli effetti dell'azione prevista, dalla Comunità. In altre parole, occorrerà dimostrare che il legislatore comunitario si trovasse in una posizione più favorevole rispetto al legislatore nazionale per quanto attiene alla regolamentazione dei prezzi al dettaglio delle tariffe di roaming. Se nel caso delle tariffe all'ingrosso appare evidente la sussistenza di un problema inerente ad un'azione collettiva che richiedeva un'azione a livello comunitario, a livello dei prezzi al dettaglio ciò non appare ovvio (una volta fissati i prezzi all'ingrosso a livello comunitario, gli Stati membri potrebbero, in linea di principio, fissare liberamente ed efficacemente i prezzi al dettaglio). Ci si chiede se possa essere ravvisato un altro problema che impedisca agli Stati membri di risolvere il problema degli alti costi di roaming a livello dei prezzi al dettaglio.

29. La principale giustificazione sottesa al regolamento sul roaming è che gli scopi del medesimo, consistenti nel garantire un'adeguata tutela dei consumatori assicurando che essi non debbano pagare prezzi eccessivi, «non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri in modo sicuro, armonizzato e tempestivo e possono essere dunque realizzati meglio a livello comunitario» [35].

30. Il Consiglio sostiene che il principio di sussidiarietà sia essenzialmente un principio soggettivo e politico [36]. Seguendo tale ragionamento il Consiglio sottolinea l'intento del

35 — V. regolamento sul roaming, «considerando» 38.

36 — Cfr., al riguardo, Armin von Bogdany e Jürgen Bast, op.cit. supra nota 29.

legislatore comunitario e che l'obiettivo perseguito consisteva, come si legge nei «considerando» del regolamento, nella realizzazione di «un approccio comune per garantire che gli utenti delle reti pubbliche di telefonia mobile terrestre che viaggiano all'interno della Comunità non debbano pagare prezzi eccessivi per i servizi di roaming intracomunitario quando effettuano o ricevono chiamate vocali; ciò consentirebbe di conseguire un elevato livello di tutela dei consumatori e di salvaguardare la concorrenza tra gli operatori di telefonia mobile, nonché di preservare gli incentivi all'innovazione e la scelta del consumatore» [37]. A mio modo di vedere, né l'obiettivo perseguito dal regolamento né l'intento del legislatore è decisivo ai fini della verifica del rispetto del principio di sussidiarietà. In primo luogo, la valutazione che il principio di sussidiarietà postula non riguarda l'obiettivo perseguito bensì la questione se il perseguimento dell'obiettivo medesimo esiga un'azione a livello comunitario. Taluni obiettivi comunitari (che giustificano di per sé la sussistenza di una competenza della Comunità) possono essere meglio perseguiti dagli Stati membri (con la conseguenza che l'esercizio di tale competenza non risulta giustificato). In secondo luogo, l'intento del legislatore comunitario non è sufficiente per dimostrare il rispetto del principio di sussidiarietà. Quest'ultimo esige che la necessità di un'azione comunitaria sia fondata su una giustificazione ragionevole [38]. Questa deve fondarsi su qualcosa di più che la semplice evidenziazione dei possibili benefici derivanti dall'azione comunitaria, implicando parimenti l'individuazione dei possibili problemi o costi che deriverebbero dall'affidamento della soluzione agli Stati membri. Nell'esigere questo, la Corte non sostituisce le proprie valutazioni a quelle del legislatore comunitario, bensì gli impone di prendere il principio di sussidiarietà in seria considerazione.

31. Se, come già rilevato, sussisteva un'evidente azione collettiva che giustificava l'azione comunitaria a livello dei prezzi all'ingrosso, non emerge alcun immediato e decisivo argomento che deponga a favore dell'armonizzazione dei prezzi al dettaglio. Al contrario, come sostenuto dalle ricorrenti nella causa principale, le autorità di regolamentazione nazionali sembrano trovarsi in una posizione più favorevole per pronunciarsi sulla necessità di un controllo dei prezzi (e, in caso affermativo, stabilendo i relativi prezzi) nei singoli mercati nazionali. La Commissione sostiene tuttavia, nelle sue osservazioni scritte, che affidare la soluzione di tale questione agli Stati membri avrebbe creato distorsioni della

37 — Regolamento sul roaming, «considerando» 16.

38 — Il Parlamento e il Consiglio sottolineano nelle loro osservazioni che la decisione di procedere ad una regolamentazione a livello comunitario è stata condivisa dagli Stati membri tramite l'ERG. Si potrebbe sostenere che quanto più è discutibile la necessità di un intervento comunitario tanto più risulterà difficile per il legislatore comunitario giustificare tale azione. D'altro canto, anche l'unanime supporto di tutti gli Stati membri nel Consiglio non può essere considerato decisivo ai fini dell'accertamento dell'esistenza e dell'esercizio di una competenza comunitaria. Si deve ricordare che gli Stati membri sono rappresentati in Consiglio dai rispettivi governi. Per tale motivo, l'esercizio di una determinata competenza a livello comunitario incide sull'equilibrio dei poteri interno degli Stati membri e sui rispettivi meccanismi di responsabilità politica. L'interpretazione ed applicazione delle norme di competenza deve parimenti tener conto di tali interessi.

concorrenza, in quanto i singoli operatori di comunicazioni mobili sarebbero risultati soggetti, in differenti Stati membri, a diversi tetti di prezzi. Tale argomento non risulta convincente. Differenze di prezzi esistono in pressoché tutti i settori nell'ambito degli Stati membri. Tali differenze di prezzi possono implicare o meno vantaggi concorrenziali per gli operatori economici di taluni Stati membri. Così come in tanti altri settori, ciò può semplicemente significare che i prezzi variano da uno Stato membro all'altro. A tal riguardo, non sembra esservi alcuna netta differenza rispetto al mercato delle chiamate nazionali in cui gli operatori economici possono essere parimenti soggetti a tetti di prezzo differenti. Inoltre, non ogni vantaggio in termini di concorrenza può essere necessariamente qualificato come distorsione della concorrenza. Il legislatore comunitario avrebbe dovuto svolgere rilievi a sostegno di tale conclusione, cosa che invece non ha fatto [39].

32. D'altro canto, considerato che era previsto che il regolamento sul roaming giungesse a scadenza tre anni dopo la sua adozione, l'argomento secondo cui la tempestiva imposizione di prezzi massimi sarebbe stata necessaria per garantire il conseguimento degli obiettivi del regolamento medesimo, presenta un certo peso. Esso si ricollega all'argomento relativo all'efficienza della legislazione. In considerazione della necessità dell'intervento della Comunità a livello di prezzi all'ingrosso, si potrebbe sostenere che sarebbe stato, al tempo stesso, più coerente ed adeguato disciplinare simultaneamente i prezzi al dettaglio. I prezzi all'ingrosso potrebbero essere fissati in funzione dei prezzi al dettaglio previsti e viceversa ed i consumatori potrebbero constatare immediatamente i risultati dell'intervento della Comunità.

33. L'argomento decisivo si fonda, tuttavia, sulla natura transfrontaliera dell'attività economica da assoggettare a regolamentazione. Anche nel caso in cui non vi fosse un problema di azione collettiva sufficientemente importante a livello dei prezzi al dettaglio, si potrebbe legittimamente ritenere che la Comunità si trovi in una posizione più favorevole rispetto agli Stati membri per risolvere il problema dei prezzi del roaming al dettaglio. In considerazione del carattere transnazionale dell'attività economica di cui trattasi (roaming), la Comunità sarebbe, al tempo stesso, maggiormente disponibile a risolvere il problema e collocata in una posizione più favorevole per procedere alla ponderazione di tutti i costi e benefici dell'azione prevista per il mercato interno.

34. È la natura transfrontaliera dell'attività economica stessa a rendere il legislatore comunitario potenzialmente più idoneo,

39 — Tutto ciò non va confuso con il fatto, menzionato supra, che tetti ai prezzi possono imporre restrizioni all'accesso ai mercati nazionali. L'argomento relativo alle distorsioni della concorrenza riguarda la concorrenza sullo stesso mercato disciplinato da regole sui prezzi differenti, non il fatto che l'imposizione di taluni tetti ai prezzi in un determinato mercato nazionale possa impedire a concorrenti provenienti da altri Stati membri di concorrere efficacemente (in considerazione della più elevata qualità o dei prezzi più bassi dei prodotti o servizi che questi potrebbe potenzialmente offrire in assenza di tale tetto imposto ai prezzi).

rispetto alle autorità nazionali, a procedere ad una regolamentazione, anche a livello di tariffe al dettaglio. Essendo in discussione l'invocazione di diritti attribuiti dal diritto comunitario, il legislatore comunitario avrebbe potuto ragionevolmente concludere che le autorità di regolamentazione nazionali non attribuissero a tali diritti il grado di priorità ritenuto necessario dal legislatore comunitario. Infatti, come precisato da varie parti in singoli punti delle difese svolte nonché all'udienza, i prezzi relativi ai servizi di roaming vengono spesso fissati dagli operatori di comunicazioni mobili quali elementi di un pacchetto che include altri servizi, come le comunicazioni nazionali. Inoltre, il roaming costituisce una piccola parte di tali servizi e la domanda di roaming è inferiore a quella relativa alle comunicazioni nazionali [40]. Ci si potrebbe attendere che le autorità di regolamentazione nazionale, disciplinando tale mercato, si concentrino sui costi ed altri aspetti delle comunicazioni nazionali e non sui costi del roaming. Considerata la natura transfrontaliera del roaming, è la Comunità che possiede particolare interesse a proteggere e promuovere tale attività economica. Questo è proprio il tipo di situazione in cui il processo democratico all'interno degli Stati membri può fallire nella protezione dell'attività transfrontaliera [41]. Ciò premesso, possono comprendersi le ragioni per le quali il legislatore comunitario è intervenuto.

35. Il legislatore comunitario ritiene, sostanzialmente, che la questione dei prezzi al dettaglio non avrebbe potuto essere risolta a livello nazionale atteso che 27 diverse autorità di regolamentazione avrebbero impiegato troppo tempo per introdurre effettivi sistemi di controllo dei prezzi al dettaglio. Sebbene non menzionato nei «considerando» del regolamento, si potrebbe anche pensare che il ritardo delle autorità di regolamentazione nazionale sarebbe stato infinito. Le dette autorità potrebbero non aver attribuito la stessa importanza ai costi del roaming rispetto ai costi delle comunicazioni nazionali. Considerato che il regolamento sul roaming opera nel senso di agevolare l'attività transfrontaliera e di sostenere il funzionamento del mercato interno, garantendo adeguata tutela e sostegno all'esercizio dei diritti di libera circolazione conferiti dal diritto comunitario, era necessario agire a livello comunitario al fine di assicurare che a tali diritti venisse attribuita la necessaria priorità.

40 — Cfr. ERG, posizione comune sull'analisi coordinata dei mercati del roaming internazionale all'ingrosso, giugno 2005, paragrafo 59 (richiesta di discussione); ERG, risposta alla richiesta di chiarimenti della Commissione delle Comunità europee sulla proposta di regolamento CE sul mercato internazionale del roaming, 22 marzo 2006, paragrafi 3.10-3.11 (discussione sulla possibilità che risparmi sulle tariffe di roaming all'ingrosso possano essere utilizzate al fine di ridurre i costi dei servizi nazionali).

41 — Vari commentatori hanno sostenuto che l'EU tragga la propria legittimazione democratica in parte dalla sua capacità di tutelare gli operatori mobili i cui interessi non siano adeguatamente rappresentati nei processi democratici in determinati Stati membri. V., più recentemente, Alexander Somek, «The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement», U. Iowa Legal Studies Research paper no. 09-23, maggio 2009.

36. Infine, come rilevato dal Consiglio, la fissazione di prezzi massimi consente di tener

conto delle variazioni nazionali nella determinazione dei prezzi al di sotto di tale livello. In tal modo, il regolamento comunitario lascia ancora un certo margine all'intervento degli Stati membri. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, non si può ritenere che il regolamento comunitario violi il principio di sussidiarietà.

C — *Proporzionalità*

37. Per quanto attiene alla questione della proporzionalità, la Corte deve accertare se la decisione del legislatore in ordine alle modalità con cui risolvere il problema degli elevati costi del roaming risulti proporzionata con riguardo sia alle finalità dell'art. 95 relative alla realizzazione del mercato interno, sia all'obiettivo politico di tutela del consumatore, se ponderata con la riduzione di autonomia degli Stati membri e l'interferenza nei diritti delle ricorrenti.

38. I soggetti che hanno contestato la validità del regolamento sul roaming hanno sostenuto che, stabilendo un tetto massimo dei prezzi a livello comunitario, il legislatore comunitario sarebbe andato oltre quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo della riduzione dei prezzi dei servizi di roaming, incidendo così ingiustificatamente sul diritto di proprietà delle ricorrenti e sul loro diritto di libero svolgimento dell'attività economica. Come la giurisprudenza di questa Corte ha avuto più volte modo di affermare, nella valutazione della proporzionalità di decisioni operate dal legislatore, la Corte deve riconoscere a quest'ultimo un margine di discrezionalità. In tal senso, in linea di principio, in tale contesto «il controllo giurisdizionale dell'esercizio di una competenza [del legislatore] deve limitarsi a esaminare se esso non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere e se il legislatore non abbia manifestamente oltrepassato i limiti della sua discrezionalità» [42]. È ben vero che i controlli dei prezzi costituiscono una delle forme più invasive di intervento sul mercato ed una limitazione particolarmente forte dei diritti di proprietà e di libera iniziativa economica. L'adozione di siffatte misure non può essere decisa dal legislatore a cuor leggero. Tuttavia, nella specie non risulta che il legislatore comunitario abbia agito in tal modo.

39. In primo luogo, il legislatore comunitario sembra aver deciso di intervenire quale extrema ratio. La relazione sulla valutazione dell'impatto descrive dettagliatamente le misure adottate dalla Commissione al fine di ridurre i prezzi al dettaglio del roaming, ivi incluse ricerche sul diritto della concorrenza, iniziative di trasparenza, azioni regolamentari nell'ambito del precedente quadro normativo e pressioni politiche [43]. La Commissione ha formulato avvertimenti, rimasti senza esito, che avrebbe fatto seguito un'azione regolamentare nel caso in cui i prezzi non si fossero «sostanzialmente avvicinati a un

42 — Sentenza della Corte 2 aprile 1998, causa C-127/95, Nobrook Laboratories (Racc. pag. I-1531, punti 89-90).

43 — Valutazione dell'impatto delle scelte politiche in relazione alla proposta della Commissione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul roaming nelle reti pubbliche di telefonia mobile nell'ambito della Comunità, 12 luglio 2006, Comm. (2006) 382 def., punto 27.

livello orientato al mercato» [44]. La Commissione ha parimenti raccolto ampie informazioni sui prezzi di roaming, evidenziando che «le tariffe [di roaming] al dettaglio erano molto alte senza chiara giustificazione», che «venivano applicati elevati margini di guadagno», e che «le riduzioni nei prezzi all'ingrosso [non venivano] spesso traslate sui consumatori al dettaglio» [45]. In tale relazione è stato rilevato che, nelle vendite di servizi al dettaglio, gli operatori ricavavano margini di lucro superiori al 200% per chiamate effettuate in roaming e margini vicini al 300-400% per chiamate ricevute in roaming [46] e che i prezzi presentavano forti variazioni e non trovavano spiegazione nei relativi costi. Alla luce delle informazioni raccolte, la Commissione ha concluso che i prezzi al dettaglio di roaming «non si ponevano in alcun ragionevole rapporto con i costi soggiacenti di fornitura del servizio» [47], e che non vi era ragione per ritenere che riduzioni di prezzi all'ingrosso avrebbero condotto a riduzioni dei prezzi al dettaglio [48].

40. L'approccio accolto dalla regolamentazione comunitaria non sembra nemmeno irragionevole alla luce degli elementi di prova contraddittori presentati dalle parti in relazione alla questione della necessità o meno delle modalità di intervento adottate dal legislatore comunitario. Ad esempio, coloro che sostengono la validità del regolamento si sono richiamati alle conclusioni espresse dall'European Regulators Group secondo cui i prezzi per i servizi di roaming erano eccessivi e che un controllo dei prezzi al dettaglio sarebbe potuto essere necessario nel caso in cui le dinamiche del mercato si fossero rivelate insufficienti per assicurare riduzioni dei prezzi [49]. La Vodafone, d'altro canto, ha rilevato che lo stesso ERG aveva suggerito l'adozione, inizialmente, di un approccio flessibile che tenesse in considerazione le rispettive circostanze nazionali [50]. Tuttavia, il legislatore comunitario non è tenuto ad attenersi a tutti i pareri espressi da un siffatto gruppo di esperti. L'European Regulators Group ha affermato che esistono elevati margini di guadagno nelle vendite al dettaglio [51] e che le riduzioni dei prezzi all'ingrosso avrebbero potuto essere traslate agli utenti sotto forma di sconti nei prezzi per i servizi nazionali [52], soluzione che, come menzionato supra, nella discussione sulla possibilità di optare per una regolamentazione nazionale, non garantirebbe la tutela dei diritti conferiti dal diritto comunitario in gioco nella specie. Le comunicazioni transfrontaliere continuerebbero infatti ad essere «discriminate». Inoltre lo European Regulators Group si è limitato a suggerire che il legislatore comunitario attendesse per verificare se le dinamiche del mercato determinassero una riduzione dei prezzi. Alla luce dei numerosi elementi che dimostravano che le riduzioni dei prezzi all'ingrosso non venivano trasferite sugli utenti al dettaglio, il legislatore comunitario non era tenuto a seguire tale linea di condotta attendista [53]. Come rile-

44 — Osservazioni di Viviane Reding all'European Regulators Group, «Towards a True Internal Market for Electronic Communications», Parigi, 8 febbraio 2006, pag. 5; cfr. parimenti la valutazione dell'impatto delle scelte politiche con riguardo alla proposta della Commissione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul roaming nelle reti pubbliche di telefonia mobile nella Comunità, 12 luglio 2006, Comm. (2006), 382 def., pag. 12.

45 — Valutazione dell'impatto, cit. supra, nota 43, pag. 12.

46 — Valutazione dell'impatto, cit. supra, nota 43, pagg. 6 e 47.

47 — Valutazione dell'impatto, cit. supra, nota 43, pag. 17.

48 — Valutazione dell'impatto, cit. supra, nota 43, pag. 48.

49 — V. la risposta dell'ERG alla richiesta di informazioni della Commissione, cit. supra, nota 33, pagg. 1-2.

50 — Ibidem, pag. 2.

51 — Risposta dell'ERG alla richiesta di informazioni della Commissione, cit. supra, nota 33, punto 2.6.

52 — Risposta dell'ERG alla richiesta di informazioni della Commissione, cit. supra, nota 33, punti 3.10-3.11.

53 — V., ad esempio, la valutazione dell'impatto cit. supra, nota 45. La GSM sostiene che l'analisi dell'impatto normativo non abbia tenuto sufficientemente conto delle più recenti riduzioni dei prezzi al dettaglio. Tuttavia, tale esame ha rilevato che erano state sì annunciate riduzioni rilevanti dei prezzi, ma che Vodafone, T-Mobile, Telefónica O2 e Orange avevano annunciato tali riduzioni nel corso dell'ultima settimana in cui si sono svolte le consultazioni finalizzate all'elaborazione della valutazione dell'impatto, concludendo che tali riduzioni erano piuttosto dirette a rispondere alla minaccia di un intervento di regolamentazione piuttosto che alle dinamiche del mercato. Confronta la valutazione dell'impatto, pagg. 10 e 27. Inoltre, la riduzione dei prezzi al dettaglio era limitata, tenuto conto dei margini di utile che andavano fino al 400%, come rilevato al punto 1 dei «considerando» della direttiva.

vato dalla Commissione e come riconosciuto dallo stesso European Regulators Group, la tempestività costituiva un fattore importante da tenere in considerazione e, a fronte di tale rilievo nonché dell'evidente risultanza che i prezzi applicati al roaming erano eccessivi, la decisione di assoggettare i prezzi al dettaglio a regolamentazione ricadeva nell'ambito delle scelte ragionevolmente adottabili dal legislatore.

41. Inoltre, l'utilizzazione di sistemi di controllo dei prezzi da parte del legislatore europeo non mira a regolamentare i prezzi del mercato a lungo termine, bensì piuttosto a determinare una loro riduzione (e, eventualmente, a promuovere una concorrenza effettiva sul mercato), in risposta a prezzi artificialmente compartimentati a causa di una carenza del mercato cui le regole di concorrenza non erano in grado di rimediare. Ciò emerge dai «considerando» 5, 6 e 9 del regolamento sul roaming, in cui viene fatto richiamo alla lotta promossa dall'European Regulators Group al fine di risolvere il problema dei prezzi elevati tramite le attuali regole della concorrenza, nonché dal successivo «considerando» 28, in cui viene sottolineato che il regolamento deve incoraggiare offerte innovative nei confronti degli utenti in roaming a tariffe inferiori a quelle massime autorizzate. Limitando la durata della vigenza del regolamento a tre anni, il legislatore comunitario ha limitato ulteriormente l'ampiezza dell'effetto invasivo di tali controlli nel mercato, consentendo di offrire al mercato una «seconda opportunità» per rimediare a tale carenza.

42. Se è pur vero che i controlli dei prezzi dovrebbero essere sempre oggetto di attento esame, in considerazione della loro incidenza estrema sul mercato, la durata limitata dei controlli medesimi e il loro obiettivo, vale a dire di rimediare ad una carenza del mercato, cosa che le regole della concorrenza non sono state in grado di fare, le rende più facili da accettare nella specie. Inoltre, l'introduzione di un termine di scadenza ne riduce l'impatto sui diritti degli operatori economici. Clausole di tal genere garantiscono che il legislatore comunitario sottoporrà a riesame periodico i propri interventi in un settore che, come quello del roaming, è soggetto a cambiamenti sociali ed economici rapidi [54]. Qualora il legislatore comunitario ritenesse necessario

54 — La necessità di un riesame periodico delle scelte del legislatore comunitario relative a tale mercato in rapido sviluppo emerge nella direttiva quadro medesima [direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, GU L 108, pag. 33). Nel ventisettesimo «considerando» di tale direttiva, attinente alle regole ex ante volte a garantire lo sviluppo della concorrenza nei mercati delle comunicazioni, si legge che «la Commissione dovrebbe riesaminare periodicamente gli orientamenti in modo da assicurare che continuino ad essere appropriati in un mercato in rapida evoluzione».

estendere i controlli sui prezzi o renderli permanenti, tale decisione dovrà parimenti risultare proporzionata e giustificata dalla deduzione di ulteriori relativi argomenti.

43. La Vodafone ha parimenti rilevato che, a seguito dell'adozione del regolamento, i prezzi dei servizi di roaming si erano attestati attorno a quelli massimi, affermando che ciò costituirebbe la prova che il regolamento avrebbe soffocato la concorrenza dei prezzi in tale settore. Tuttavia, si può parimenti sostenere che tale forma di attestazione dei prezzi è rivelatrice di assenza di concorrenza nel settore del roaming, legittimando la conclusione che i prezzi elevati si sarebbero mantenuti al loro precedente livello se il legislatore non fosse intervenuto. Conseguentemente, alla luce di tutti i suesposti elementi, non si può affermare che la scelta del legislatore fosse manifestamente erronea implicando quindi un'ingiustificata interferenza nei diritti delle ricorrenti.

44. Un'analisi della proporzionalità esige inoltre che la Corte si chieda se la maggiore capacità della Comunità a raggiungere gli obiettivi voluti dalla normativa di cui trattasi sia tale da giustificare la riduzione dell'autonomia degli Stati membri risultante dal metodo scelto dal legislatore [55]. Le osservazioni svolte dalle parti al riguardo risultano piuttosto scarse. È evidente che la fissazione di prezzi massimi comunitari riduce effettivamente l'autonomia delle autorità di regolamentazione degli Stati membri. Tuttavia, a fronte del sostegno quasi unanime espresso dalle istituzioni degli Stati membri interessati nei confronti dell'adozione del regolamento di cui trattasi, tale argomento perde un po' di vigore e, alla luce della limitata sfera di applicazione delle norme in questione (i servizi di roaming), del margine di discrezionalità che la Corte riconosce al legislatore in tali materie e dell'assenza di qualsivoglia argomento circostanziato a favore della tesi contraria da parte delle ricorrenti, non si può sostenere che il regolamento difetti di proporzionalità sotto tale profilo.

55 — Benché le più recenti sentenze della Corte abbiano posto l'accento sulla proporzionalità della normativa comunitaria alla luce dei suoi obiettivi fondamentali, come nella sentenza Swedish Match, cit. supra, nota 15, la proporzionalità dev'essere parimenti esaminata alla luce dell'impatto sull'autonomia degli Stati membri. Cfr. al riguardo Mattias Kumm, Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: *The Case of Tobacco Regulation in the European Union*, in European Law Journal, vol. 12, n. 4, luglio 2006 pagg. 522-24. L'avvocato generale Fennelly ha parimenti sostenuto, ancorché su un differente fondamento, che, a differenza degli obiettivi del mercato interno, gli obiettivi di fondo quali la tutela della salute non potevano, di per sé, soddisfare il criterio di proporzionalità (conclusioni dell'avvocato generale Fennelly presentate nella causa C-74/99, *Imperial Tobacco e a.*, Racc. 2000, pag. I-8599, paragrafo 149).

II — Conclusione

45. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali come segue:

«L'esame delle questioni sottoposte dall'High Court of Justice, England and Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) non ha rilevato alcun elemento idoneo ad inficiare la validità del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 27 giugno 2007, n. 717, relativo al roaming sulle reti pubbliche di telefonia mobile all'interno della Comunità e che modifica la direttiva 2002/21/CE.»