CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentate il 10 giugno 2008 [1]

I — Introduzione

1. Con il presente procedimento a norma dell'art. 226 CE, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di giustizia di dichiarare che la Repubblica di Polonia è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 4, n. 1, e 5, n. 1, primo comma, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazioni elettroniche e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (in prosieguo: la «direttiva accesso» ovvero la «direttiva 2002/19») [2].

2. L'inadeguata trasposizione delle norme comunitarie, che la Commissione contesta alla Repubblica di Polonia, esige l'esame degli esigui poteri di intervento che le autorità pubbliche possono esercitare in mercati liberalizzati come quello delle telecomunicazioni.

3. Lo Stato convenuto, lungi dal mostrare una posizione neutrale, nel recepire la direttiva 2002/19 nell'ordinamento interno, interviene per incoraggiare il processo di apertura, imponendo ex lege a tutti gli operatori di negoziare l'accesso alle reti, senza subordinare tale obbligo ad una previa analisi dello stato della concorrenza.

4. Suddividere i problemi sollevati dal presente ricorso ed elaborare una risposta ponderata è un'operazione piuttosto complessa, poiché la legislazione polacca non ostacola gli accordi tra imprese [3] ma, al contrario, esige che gli operatori almeno li negozino.

5. Inoltre, qualora non si ottenga il risultato desiderato, la legge polacca autorizza l'autorità nazionale competente a prendere una decisione sostitutiva vincolante, misura che

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — GU L 108, pag. 7.

3 — L'art. 3 della direttiva 2002/19 dispone che gli Stati membri provvedono affinché non vi siano restrizioni che impediscano alle imprese di negoziare accordi tra di esse sulle disposizioni tecniche e commerciali relative all'accesso e/o all'interconnessione, nel rispetto del diritto comunitario.

sembra ispirarsi ai postulati del liberalismo classico di alto lignaggio [4].

6. Pertanto, occorre eliminare qualsiasi rischio di confusione e, con la necessaria asepsi concettuale, dissotterrare la preziosa soluzione che si nasconde all'interno del corpo delle norme comunitarie [5].

II — Contesto normativo

A — *Il diritto comunitario*

1. Il «principio della leale cooperazione»

7. A termini dell'art. 10 CE, «gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità», e facilitano «quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti». Inoltre, essi «si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi» dell'Unione.

2. La direttiva 2002/19

8. Tale normativa si colloca all'interno del cosiddetto «nuovo quadro normativo» [6], approvato il 7 marzo 2002 e pubblicato il successivo 24 aprile [7].

9. Con ritmo scandito dal metronomo, ovvero dalla summenzionata direttiva quadro [8], la direttiva 2002/19 mira ad armonizzare l'accesso e l'interconnessione per rendere compatibile la fornitura delle reti e dei servizi con i principi del mercato interno.

4 — Lo slogan economico «laissez faire, laissez passer», reso popolare attraverso le teorie economiche di Adam Smith, costituiva una chiara espressione delle idee liberiste.

5 — Come si verifica nel caso in esame, la semplicità del problema non implica necessariamente una soluzione facile, poiché, come scrive Quevedo e Villegas, F., in *El mundo por de dentro, Los Sueños*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2002, Collana Biblioteca Austral, n. 20, pag. 87, mettendoci in guardia, in chiave allegorica, sull'ipocrisia umana «(…) No es filósofo el que sabe dónde está el tesoro, sino el que trabaja y lo saca. Ni aun ése lo es del todo, sino el que después de poseído, lo usa bien» [«Filosofo non è colui che sa dove si trova il tesoro, ma chi si mette all'opera e lo scopre. Tuttavia, neppure costui lo è del tutto, ma piuttosto chi, oltre a possedere il tesoro, ne fa buon uso». Trad. libera].

6 — Con tale espressione, che ho utilizzato nelle conclusioni del 28 giugno 2007, Deutsche Telekom, relative al procedimento definito con sentenza 22 novembre 2007, causa C-262/06 (ancora non pubblicata nella Raccolta), mi riferisco a quattro direttive del Parlamento europeo e del Consiglio: la citata direttiva 2002/19/CE; la direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; la direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (in prosieguo: la «direttiva quadro», ovvero la «direttiva 2002/21»), e la direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

7 — GU L 108, pp. 7, 21, 33 e 51.

8 — Citata alla nota 6, in cui chiarisco tale denominazione.

10. Il diritto comunitario delle telecomunicazioni si è sviluppato in due ambiti che, sebbene strettamente legati tra loro, si distinguono facilmente in base ai destinatari.

11. Così, accanto alla normativa attinente agli operatori, in cui si intrecciano le norme sulla interconnessione e le norme in materia di concorrenza, esiste un altro ambito, più ampio, che disciplina i diritti degli utenti all'insegna della liberalizzazione del settore e della garanzia del servizio universale, e che, proiettandosi sulle libertà fondamentali dei singoli, acquista un'incidenza più profondo [9].

12. Mi sembra evidente che la causa in esame si inquadri inequivocabilmente nel primo dei detti ambiti.

13. A termini dell'art. 4 della direttiva accesso:

«Gli operatori di reti pubbliche di comunicazione hanno il diritto e, se richiesto da altre imprese titolari di un'autorizzazione dello stesso tipo, l'obbligo di negoziare tra loro l'interconnessione ai fini della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, allo scopo di garantire la fornitura e l'interoperabilità dei servizi in tutta la Comunità. Gli operatori offrono l'accesso e l'interconnessione ad altre imprese nei termini e alle condizioni conformi agli obblighi imposti dall'autorità nazionale di regolamentazione ai sensi degli articoli 5, 6, 7 e 8».

14. L'art. 5, n. 1, primo comma, della medesima direttiva prevede che, nel perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro) le autorità nazionali di regolamentazione incoraggino e se del caso garantiscano, in conformità delle disposizioni della direttiva stessa, un adeguato accesso e un'adeguata interconnessione e l'interoperabilità dei servizi, esercitando le rispettive competenze in modo tale da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile, e recare il massimo vantaggio agli utenti finali.

In particolare, fatte salve le misure che potrebbero essere adottate nei confronti di imprese che detengono un notevole potere di

9 — Si pensi, per esempio, alla protezione dei dati personali o al rispetto della privacy su Internet.

mercato ai sensi dell'articolo 8, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre:

a) nella misura necessaria a garantire l'interconnettibilità da punto a punto, obblighi alle imprese che controllano l'accesso agli utenti finali, compreso in casi giustificati l'obbligo di interconnessione delle rispettive reti qualora non sia già prevista;

b) nella misura necessaria a garantire l'accessibilità per gli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali specificati dallo Stato membro, l'obbligo agli operatori di garantire l'accesso alle altre risorse di cui all'allegato I, parte II a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie.

15. Benché l'art. 18 della direttiva quadro avesse previsto il 24 luglio 2003 come termine ultimo impartito agli Stati membri per adottare e pubblicare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alle disposizioni della direttiva, l'atto di adesione della Repubblica di Polonia [10] ha prorogato il termine ultimo per la trasposizione della direttiva al 30 aprile 2004.

10 — Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 2003, L 236, pag. 33).

B — *La legge polacca di disciplina delle telecomunicazioni*

16. L'art. 26 della legge polacca sulle telecomunicazioni [11] obbliga tutti gli operatori di reti pubbliche di comunicazione a negoziare il contratto di accesso, su richiesta di un'impresa o di uno degli enti elencati all'art. 4, nn. 1, 2, 4, 5, 7 e 8, al fine di garantire i servizi di telecomunicazione destinati al pubblico e altresì di potenziare la loro interoperabilità.

17. Allo scopo di evitare comportamenti indesiderati, l'art. 27, n. 1, della detta legge autorizza il presidente della Urzad Komunikacji Electronicznej (ufficio delle comunicazioni elettroniche; in prosieguo: l'«UKE») ad indicare il termine di chiusura della procedura di negoziazione degli accordi, che non può superare i 90 giorni successivi alla richiesta di stipulazione di un contratto di accesso.

11 — Legge 16 luglio 2004 (Dz. U. 2004, nr 171, pag. 1800).

18. Nel caso in cui non vengano avviate le negoziazioni, venga respinto l'accesso alla rete delle telecomunicazioni, ovvero scada il termine ultimo stabilito per la negoziazione, ognuna delle parti può chiedere al presidente dell'UKE di decidere sulle questioni rimaste in sospeso o di definire i termini della collaborazione (art. 27, n. 2), allegando alla domanda un progetto del contratto di accesso, con l'indicazione delle diverse posizioni e delle clausole sulle quali esisterebbero divergenze (art. 27, n. 3).

19. Nel decidere, il presidente dell'UKE deve ponderare l'interesse degli utenti, gli obblighi incombenti alle imprese, la promozione dei moderni servizi di telecomunicazione, il carattere delle tematiche in discussione, la viabilità, dal punto di vista pratico, delle proposte nonché le soluzioni alternative, prestando particolare attenzione agli aspetti tecnici ed economici dell'accesso [12]; egli deve inoltre osservare la massima attenzione al fine di mantenere l'integrità e l'interoperabilità dei servizi, assicurando l'assenza di condizioni discriminatorie e lo sviluppo della concorrenza [13].

20. La posizione dominante di un'impresa nell'ambito delle reti interconnesse, l'interesse pubblico, ivi compresa la protezione dell'ambiente, e la continuità del servizio universale, costituiscono ulteriori criteri cui deve informarsi l'arbitrato obbligatorio [14] gestito dal presidente dell'UKE [15].

21. Per quanto riguarda la variazione dell'accesso così stabilito, l'art. 28, n. 5, della legge sulle telecomunicazioni precisa che, qualora gli interessati giungano ad un accordo, la decisione amministrativa si estingue di pieno diritto per tutti i punti contemplati dalla convenzione [16], benché il presidente dell'UKE conservi la facoltà di modificarla, su richiesta delle parti o d'ufficio, quando le esigenze relative alla tutela dei consumatori, ad una concorrenza efficace o all'interoperabilità dei servizi lo giustifichino [17].

22. Parallelamente, per le stesse ragioni, l'art. 29 autorizza il presidente dell'UKE a rettificare d'ufficio non soltanto la sua decisione, ma anche il testo di un contratto

12 — Art. 28, n. 1, punti 1, 2, 3 e 4.
13 — Art. 28, n. 1, punto 5.
14 — In merito a tale definizione v., Bellodi L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Ed. Scientifica, Napoli, 1999, pag. 209.
15 — Art. 28, n. 1, punti 6, 7 e 8.
16 — Art. 28, punto 5.
17 — Art. 28, punto 6.

d'accesso ovvero a richiedere alle parti di modificarlo [18].

23. A ciò si aggiunge che l'art. 45 della legge polacca sulle telecomunicazioni consente al presidente dell'UKE di imporre ad un'impresa che controlli l'accesso agli utenti finali gli obblighi regolamentari indispensabili che garantiscono le sue comunicazioni con i fruitori di servizi offerti da altri operatori, compreso l'obbligo di interconnessione, sempreché tali misure risultino proporzionate e appropriate rispetto al problema verificatosi.

III — Previo procedimento amministrativo, posizioni delle parti e procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

24. Il 21 marzo 2005 la Commissione comunicava allo Stato membro convenuto i propri dubbi circa la compatibilità della legge sulle telecomunicazioni del 2004 con gli artt. 4, n. 1, e 5, n. 1, primo comma, della direttiva accesso.

25. Nella sua risposta del 25 maggio 2005, il governo polacco confermava la legittimità delle disposizioni controverse, giustificava l'ampliamento dell'obbligo di negoziare con l'esigenza di ridurre i costi per la costruzione di nuove infrastrutture a carico degli operatori indipendenti e riconosceva che le disposizioni dell'art. 5, n. 1, primo comma, della direttiva accesso erano state trasposte indirettamente nell'ordinamento interno.

26. Non ritenendo soddisfacenti tali spiegazioni, il 4 luglio 2006 la Commissione emanava un parere motivato nei confronti dello Stato membro convenuto; in data 4 settembre 2006 la Polonia impugnava il detto parere poiché, sebbene la direttiva accesso non preveda expressis verbis l'istituzione ex lege di un obbligo di negoziare i contratti di accesso, tale obbligo incoraggia una concorrenza duratura e promuove l'interoperabilità in vista della tutela del consumatore; pertanto, il detto obbligo si fonda sull'art. 5, n. 1, primo comma, della direttiva accesso, una norma programmatica che attribuisce alle autorità regolamentari il compito di garantire l'accesso e le interconnessioni tra le reti.

27. In data 8 maggio 2007 la Commissione proponeva il presente ricorso, a norma dell'art. 226, secondo comma, CE, nell'ambito del quale l'istituzione ricorrente e lo Stato convenuto hanno confermato le loro rispettive posizioni.

18 — Fatto salvo il rinvio dell'art. 30 della detta legge alla procedura amministrativa prevista per la modifica dei contratti di accesso.

28. Essendo scaduto il termine per chiedere la fissazione di un'udienza senza che ne venisse fatta richiesta, a seguito della riunione generale del 6 maggio 2008 la causa veniva spedita alla fase di elaborazione delle conclusioni.

IV — Analisi degli inadempimenti contestati

A — *Impostazione*

29. Sin dagli albori della liberalizzazione delle telecomunicazioni, la Commissione non ha mai nascosto la propria preoccupazione per l'accesso alle risorse essenziali e ha censurato le situazioni di sfruttamento abusivo da parte di imprese che, potendo utilizzare in esclusiva i mezzi necessari per operare, neghino questi ultimi ad un concorrente.

30. L'assunzione del credo liberale doveva essere accompagnata dall'apertura dei meccanismi di ingresso nel mercato e, per non lasciare in penombra un regime flessibile di accesso, il diritto comunitario ha favorito una trasformazione del suo concetto tradizionale.

31. Tuttavia, l'applicazione della libertà di commercio, da sola, non ha consentito di instaurare una concorrenza leale; il monopolio de facto del vecchio operatore pubblico e i diritti di cui questi aveva goduto per molti anni, unitamente alla sua profonda conoscenza del mercato ed alla posizione privilegiata che aveva occupato, rendevano necessario favorire l'ingresso di altre imprese attraverso l'introduzione di misure di accompagnamento mirate.

32. La dottrina delle «essential facilities» [19] viene rispecchiata dalla Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni (in prosieguo: la «Comunicazione accesso») [20] che mira a incoraggiare la connessione dei nuovi operatori, con le stesse prerogative, alle infrastrutture ed alle reti di telecomunicazione esistenti, che, nella maggior parte dei casi, appartengono alle vecchie imprese monopolistiche.

33. A tal fine, si richiedono cumulativamente le seguenti condizioni: che un'infrastruttura sia considerata «essenziale», ossia che risulti indispensabile per consentire la concorrenza con l'operatore che la controlli e che non

19 — Doherty, B., *Just what are essential facilities?,* CMLR, 2001, pagg. 397-436, e Richer, L., *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française,* Ed. Dalloz, 1999, n. 44, pag. 23.

20 — GU [1998], C 265 pag. 2.

possa essere duplicata in modo adeguato; e che, sebbene possa essere fornita ad un'altra società, a quest'ultima venga impedito l'accesso o le siano imposte limitazioni insostenibili [21].

34. In un contesto diverso da quello delle telecomunicazioni, la Corte di giustizia ha ammesso che, qualora l'infrastruttura sia considerata «essenziale», il proprietario è tenuto a negoziare la sua utilizzazione con altre imprese, sempreché l'accesso all'infrastruttura risulti indispensabile per l'esercizio dell'attività di queste ultime; ciononostante, tale concetto è stato mitigato da una serie di condizioni che devono essere valutate rigorosamente e che sono destinate ad evitare l'abuso di posizione dominante (art. 82 CE) [22].

35. Gli accordi diventano pertanto strumenti privilegiati per realizzare una concorrenza senza ostacoli, ragion per cui la Commissione si è riservata il potere di dirimere i conflitti di rilevanza comunitaria [23], affidando ai giudici nazionali il compito di valutare i casi privi di tale rilevanza.

36. Il quinto 'considerando' della direttiva 2002/19 si oppone a che, in un mercato aperto e concorrenziale, sussistano ostacoli che impediscono alle imprese di negoziare, in particolare quando gli accordi hanno portata transfrontaliera, e richiede, *in linea di principio* [24], che essi siano negoziati in buona fede e su una base commerciale.

37. Tuttavia, gli interventi statali in tale settore si limitano alla salvaguardia dei diversi interessi pubblici, come la promozione dello sviluppo, l'installazione delle reti e altresì la coesione territoriale, economica e sociale.

38. Di conseguenza, l'economia di mercato non può essere ostacolata senza motivo poiché un suo rallentamento, pur sempre nel rispetto dei principi di idoneità e di proporzionalità, è ammesso solo in funzione delle finalità perseguite dal diritto comunitario.

21 — Molti di questi limiti, elaborati dalla giurisprudenza nordamericana, sono rinvenibili nel punto 91 della Comunicazione accesso.

22 — La sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, Oscar Bronner GMBH/Mediat Zeitung (Racc. pag. I-7791), ha esaminato la giurisprudenza anteriore [sentenze 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Commercial Solvents/Commissione (Racc. pag. 223); 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM (Racc. pag. 3261), e 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione (Racc. pag. I-743)] e ha dichiarato che non costituisce abuso il fatto che il proprietario di un'impresa che gestisce l'unico sistema di recapito a domicilio di giornali su scala nazionale neghi la distribuzione ad un altro editore, allorché esistono modalità di distribuzione alternative, come la distribuzione a mezzo di posta o la vendita nei negozi e nelle edicole, qualora non sussistano ostacoli di natura tecnica, normativa o economica, capaci di rendere impossibile o difficile ai concorrenti la creazione di un proprio sistema di recapito.

23 — Punto 26 della Comunicazione accesso.

24 — Il corsivo è mio.

39. In tal senso, il diciannovesimo 'considerando' della direttiva 2002/19 dichiara che «[l']obbligo di consentire l'accesso all'infrastruttura di rete può essere giustificato in quanto mezzo per accrescere la concorrenza. Le autorità nazionali di regolamentazione devono tuttavia garantire un equilibrio tra i diritti del proprietario di un'infrastruttura a sfruttarla a proprio beneficio, e i diritti di altri prestatori di servizi ad accedere a risorse essenziali per la fornitura di servizi concorrenti (…)».

40. In tale contesto, la Commissione contesta alla Repubblica di Polonia un duplice inadempimento in relazione alla direttiva 2002/19: da un lato, censura il fatto che la legge dello Stato membro convenuto disciplini i poteri dell'autorità nazionale di regolamentazione, imponendo la negoziazione obbligatoria; dall'altro, censura allo Stato medesimo il fatto di non aver conferito alle dette autorità le facoltà necessarie per il conseguimento di determinati obiettivi.

B — *Sul primo motivo di inadempimento*

41. La Commissione denuncia che, nella trasposizione dell'art. 4, n. 1, della direttiva 2002/19, la Polonia ha ecceduto i propri poteri: 1°) imponendo per legge alle imprese l'obbligo di stipulare accordi, laddove tale misura è prevista dalla direttiva in quanto mezzo specifico per correggere una situazione anomala, che vincola unicamente l'autorità nazionale di regolamentazione; 2°) non tenendo conto delle circostanze specifiche del settore considerato e non distinguendo gli operatori in funzione della loro influenza, e 3°) confondendo l'obbligo di concedere l'interconnessione richiesta dalla direttiva con la stipulazione di un contratto di accesso.

42. Nell'attuale panorama delle telecomunicazioni in Europa, gli obblighi ex ante sono considerati legittimi solo qualora il mercato li richieda, a fronte di gravi rischi per la concorrenza.

43. La direttiva accesso raccoglie la sfida e, nel tredicesimo 'considerando' riconosce esplicitamente che «(…) Lo scopo è ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche man mano che aumenta il grado di concorrenza sul mercato (…)», pur non escludendo tale possibilità, qualora, a seguito degli sviluppi tecnologici, si manifestino strangolamenti che potrebbero richiedere un'applicazione dei detti obblighi, per esempio, nel settore delle reti di accesso a banda larga.

44. Ulteriori chiarimenti vengono dati dal ventisettesimo 'considerando' della direttiva quadro, a tenore del quale non esiste una

concorrenza effettiva sui mercati in cui una o più imprese detengano un potere significativo e qualora i meccanismi apprestati dal diritto nazionale e comunitario «non siano sufficienti a risolvere il problema».

45. Con gli anni, la situazione si è evoluta a tal punto che, come si dichiara nella direttiva quadro, l'attuale normativa in materia ha raggiunto «l'obiettivo di creare le condizioni per una concorrenza effettiva nel settore delle telecomunicazioni (...)» [25].

46. Di conseguenza, effettuare la trasposizione della normativa comunitaria [26] imponendo la conclusione di accordi, appare contraddittorio e implica la negazione della fondamentale premessa secondo cui, nello stadio attuale, la libera concorrenza dovrebbe imporsi come una realtà indiscutibile.

47. Si potrebbe cercare un'eventuale giustificazione ipotizzando che il legislatore polacco abbia preso le mosse da un'assenza di vera libertà e dalla presenza di indizi capaci di falsare il mercato nazionale; tuttavia tali dubbi si dileguano immediatamente seguendo un ragionamento logico, giacché in tal modo si realizzerebbe l'attuazione di un'altra norma giuridica, ma non certo della direttiva accesso, che milita all'interno del «nuovo quadro normativo».

48. Il diritto comunitario non trascura l'eventualità di reagire a determinate patologie eccezionali, capaci di infettare una concorrenza sana.

49. Tuttavia, al fine di diagnosticare tali disfunzioni e prescrivere un trattamento appropriato per ciascun caso, occorre l'intervento di enti specializzati ed imparziali come le autorità nazionali di regolamentazione, cui la direttiva 2002/19 affida tale compito.

50. Sul piano interno, a tenore dell'art. 12, n. 1, spetta all'autorità nazionale di regolamentazione e non al legislatore vigilare

25 — Primo 'considerando'.

26 — Benché il presente ricorso riguardi la direttiva accesso, non si può eludere il fatto che si ispiri alla direttiva quadro.

affinché gli operatori soddisfino le richieste ragionevoli di accesso ad elementi specifici delle reti e alle risorse connesse, nonché le richieste relative alla loro utilizzazione.

51. Inoltre, tale sorveglianza si applica solo nei casi descritti in numerus apertus dalla detta disposizione, come, ad esempio, qualora l'accesso venga negato o si impongano condizioni eccessive di effetto analogo, atte ad ostacolare una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio.

52. Le misure di correzione comprendono l'obbligo di «negoziare in buona fede con le imprese che chiedono un accesso» [art. 12, n. 1, lett. b), della direttiva 2002/19], dopo che un esame previo del suddetto obbligo, condotto dalle autorità nazionali di regolamentazione in base a criteri realistici di carattere tecnologico, economico e di giusta tutela, ne abbia verificato l'opportunità e la coerenza rispetto agli obiettivi definiti dall'art. 8 della direttiva 2002/19 [27].

53. Il diritto comunitario non vuole l'automatismo imposto dalla Repubblica di Polonia attraverso il potere legislativo ma, al contrario, auspica che organismi indipendenti prendano la decisione che risulti più opportuna nel caso specifico, dopo aver compiuto un'analisi del mercato [28].

54. Il modus procedendi dello Stato polacco paralizza il dinamismo proprio del settore, in costante trasformazione per i continui progressi delle comunicazioni elettroniche.

55. Dinanzi alla prospettiva che la concorrenza si sviluppi con cadenze diverse, in funzione dei segmenti di mercato e degli Stati membri, non si può escludere la possibilità di fare un passo indietro, e pertanto, le autorità nazionali di regolamentazione devono avere la facoltà di rendere meno rigida la regolamentazione dei mercati, quando la concorrenza produce i risultati attesi (tredicesimo 'considerando' della direttiva accesso) [29].

27 — L'art. 12, n. 2, menziona la fattibilità tecnica ed economica dell'uso o dell'installazione di risorse concorrenti, a fronte del ritmo di evoluzione del mercato, la natura e il tipo di interconnessione e accesso in questione, la fattibilità della fornitura, l'investimento iniziale del proprietario, la necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine nonché i diritti di proprietà intellettuale e la fornitura di risorse paneuropee.

28 — Anche l'art. 16, n. 3, della direttiva quadro esige di non imporre né mantenere gli obblighi di cui al n. 2 (che, inter alia, rinvia agli obblighi stabiliti dall'art. 8 della direttiva accesso), qualora l'autorità nazionale giunga alla conclusione che il mercato sia effettivamente concorrenziale.

29 — Benché si riferisca a obblighi diversi (quelli di cui agli artt. 9-13), l'art. 8 della direttiva accesso dispone che le autorità nazionali di regolamentazione possano modificarli o revocarli.

56. La legge polacca si pone in contrasto con tale flessibilizzazione, giacché, ponendo le suddette riserve, produce un congelamento del rango della regolamentazione, che impedisce all'organismo di regolamentazione indipendente di mitigare l'intervento.

57. La direttiva accesso codifica gli obblighi di tutti gli operatori, nel rispetto dei principi di trasparenza e di pubblicità [30], sebbene accentui quelli che riguardano le imprese con un «significativo potere di mercato» [31], espressione che, a mio giudizio, illustra il passaggio dal monopolio all'apertura del mercato, e che si addice maggiormente ad uno scenario privo di ostacoli mercantilistici rispetto al concetto di «posizione dominante».

58. Sebbene la dotazione dell'interconnessione si presenti come una misura generale, le sue condizioni di esercizio sono piuttosto asimmetriche, giacché variano a seconda del fatto che l'impresa sia più o meno potente; infatti, all'inizio, l'imposizione di tali condizioni alle imprese che dispongono di un notevole potere di mercato non richiede un'ulteriore analisi di mercato [32], bensì una semplice prova di idoneità [33].

59. Di fatto, l'art. 8 della direttiva accesso si riferisce espressamente alla nozione di «operatore (…) designato come detentore di un potere significativo in un mercato specifico», cui rinviano altre disposizioni della direttiva.

60. L'art. 4 della medesima direttiva subordina l'offerta di accesso e di interconnessione agli obblighi imposti dall'autorità nazionale di regolamentazione conformemente all'art. 8.

61. Allo stesso modo, l'art. 12, che prevede l'obbligo di negoziare in buona fede, raggiunge il massimo spessore normativo con il citato art. 8, poiché le richieste delle autorità nazionali di regolamentazione devono conformarsi ai suoi dettami.

30 — Saracci, F., in *L´interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications:exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, pag. 7, pone in rilievo che i principi classici del diritto comunitario, come i principi di uguaglianza e di non discriminazione, qualificati dalla Corte di giustizia come diritti fondamentali, dinamizzano le telecomunicazioni [sentenze 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77, Ruckdeschel (Racc. pag. 1753), e 15 giugno 1978, causa 149/77, Defrenne (Racc. pag. 1365)].

31 — L'art. 14, n. 2, della direttiva quadro attribuisce tale carattere all'impresa che, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante, con una forza economica tale da consentirle di comportarsi in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori.

32 — Che si deduce, in linea generale, dall'art. 16 della direttiva 2002/21.

33 — Quindicesimo 'considerando' della direttiva 2002/19.

62. Tale dualismo del regime in funzione della forza delle imprese non sussiste nella normativa polacca.

63. Inoltre, il fatto di equiparare, nell'ambito dell'art. 4, n. 1, della direttiva 2002/19, «accesso» [34] e «interconnessione» [35], conferma senza incertezze la tesi dell'inadempimento [36].

64. L'interconnessione si realizza per mezzo di rapporti tra operatori privati, avvicinandosi ad un istituto di diritto privato [37] e presuppone una tecnica di interazione di reti con progetti diversi.

65. Accanto all'interconnessione, la nozione di accesso ha ripercussioni giuridiche più ampie che non il mero collegamento tra infrastrutture, poiché include la messa a disposizione di un insieme di risorse o di servizi e, in definitiva, abbraccia l'«interconnessione», che costituisce una particolare modalità di accesso tra operatori della rete pubblica [(art. 2, lett. b), *in fine,* della direttiva 2002/19)].

66. In tale contesto, la normativa controversa si discosta dai dettami del principio dell'intervento minimo, duplicato del principio di proporzionalità, ben delineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia [38], e basato sull'idoneità, sulla necessità e sull'analisi costi-benefici.

67. È irrilevante l'argomento del governo polacco relativo all'accettazione incontestata della propria normativa da parte delle imprese di telecomunicazione, giacché i privati non possono garantire la fedele osservanza del diritto comunitario, come del resto semplici

34 — Definito all'art. 2, lett. a), della direttiva 2002/19.

35 — L'art. 2, lett. b), della direttiva 2002/19 ne precisa il contenuto.

36 — Sorprende il fatto che la stessa legge polacca delle telecomunicazioni, all'art. 2, n. 6, lett. a), descriva l'interconnessione come elemento aggiuntivo dell'accesso.

37 — Saracci, F., cit., p.106, e Strubel, X., *Breves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications*, Lex Electronica, n° 4/1998, in www.lex-electronica.org

38 — Tra le prime, meritano di essere ricordate le sentenze 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (Racc. pag. 1125); 24 ottobre 1973, causa 5/73, Balkan Import Export/Hauptzollamt Berlin Packhof (Racc. pag. 1091); 28 ottobre 1975, causa 36/75, Rutili (Racc. pag. 1219); 7 luglio 1976, causa 118/75, Watson e Belmann (Racc. pag. 1185); 5 luglio 1977, causa 114/76, Bela Mühle / Grows Farm (Racc. pag. 1211); 20 febbraio 1979, causa 122/78, Buitoni (Racc. pag. 677); 21 giugno 1979, causa 240/78, Atalanta (Racc. pag. 2137), e 13 dicembre 1979, causa 44/79, Hauer /Land Rheinland-Pfalz (Racc. pag. 3727).

prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dell'amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non garantiscono la corretta attuazione di una direttiva [39].

68. I meccanismi predisposti dalla direttiva accesso differiscono quindi da quelli previsti dalla legge polacca sulle telecomunicazioni, che si discosta dalla normativa madre, poiché trasforma l'eccezione in regola, prevede la possibilità che l'autorità nazionale imponga di negoziare l'interconnessione con l'obbligo generale di concludere un contratto di accesso e, oltre a ciò, perpetua un'ingerenza che l'organo di regolamentazione non può né eliminare né tantomeno modificare, il che giustifica l'accoglimento del primo motivo dedotto dalla Commissione.

C — *Sul secondo motivo di inadempimento*

69. La Commissione sostiene che l'art. 5, n.1, della direttiva accesso imponga di conferire all'autorità nazionale di regolamentazione il potere di intervenire puntualmente, al fine di perseguire gli obiettivi stabiliti dall'art. 8 della direttiva quadro, fissando condizioni trasparenti, proporzionate e non discriminatorie; si tratta di poteri eccezionali che, secondo l'istituzione, mancherebbero nella normativa polacca.

70. Di nuovo, la soluzione dev'essere ricercata nella direttiva 2002/21, il cui art. 8 apre il capo III, dedicato alle «funzioni delle autorità nazionali di regolamentazione» [40].

71. Benché concordi con il governo convenuto sul fatto che l'art. 8 della direttiva quadro presenti un carattere alquanto generale, la tecnica legislativa, in particolare quella delle direttive, mantiene talvolta un elevato grado di astrazione, per concedere agli Stati membri un sufficiente margine di manovra e quindi salvaguardare la sua efficacia.

72. In ogni caso, i nn. 2, 3 e 4 del citato art. 8 sanciscono gli obiettivi di salvaguardare, rispettivamente, la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettroniche, lo sviluppo del mercato interno e la promozione degli interessi dei cittadini nell'Unione europea.

39 — Sentenza della Corte di giustizia 13 marzo 1997, causa C-358/98, Commissione/Francia (Racc. pag. I-1489); 9 marzo 2000, causa C-358/98, Commissione/Italia (Racc. pag. I-1255), e 10 marzo 2005, causa C-33/03, Commissione/Regno Unito (Racc. pag. I- 1865).

40 — L'art. 5 della direttiva 2002/19 rinvia agli obiettivi di cui all'art. 8 della direttiva 2002/21.

73. Nella sua recente sentenza 31 gennaio 2008 [41] (punto 81), la Corte di giustizia ha individuato, all'interno dell'art. 8 della direttiva quadro, l'obbligo di adottare, tramite le autorità nazionali di regolamentazione, tutte le ragionevoli misure intese a promuovere una concorrenza effettiva e senza ostacoli, dichiarazione, questa, che smentisce il carattere programmatico che la Polonia attribuisce con insistenza alla detta disposizione.

74. In tale contesto, dall'applicazione uniforme del diritto comunitario e dal principio di uguaglianza discende che anche il senso e la portata della disposizione in parola debbano imporsi in maniera uniforme, soprattutto in mancanza di un rinvio esplicito alla normativa nazionale [42].

75. La giurisprudenza ha precisato che la trasposizione nel diritto nazionale non implica necessariamente la riproduzione espressa e letterale della normativa europea, poiché basta un contesto giuridico generale che garantisca la piena applicazione di tale normativa in modo chiaro e preciso [43].

76. L'argomento secondo cui all'interno di uno Stato membro non avrebbero luogo attività incompatibili con le disposizioni comunitarie non giustifica la non conformità della legge nazionale [44].

77. Per risolvere la questione, si deve rilevare che l'art. 5, n. 1, della direttiva accesso affida agli organismi di regolamentazione il compito permanente [45] di osservare il mercato, allo scopo di incoraggiare e rafforzare un accesso adeguato, l'interconnessione e l'interoperabilità dei servizi.

78. Pertanto, quell'abilitazione la cui assenza viene denunciata dalla Commissione, non soltanto serve a facilitare gli interventi isolati delle autorità di regolamentazione, ma è altresì finalizzata all'esercizio di un potere di controllo, del quale non si parla nel ricorso.

41 — Causa C-380/05, Centro Europa 7 (non ancora pubblicata in Raccolta).

42 — Sentenze della Corte di giustizia 18 gennaio 1984, causa 327/82, Ekro (Racc. pag. 107); 19 settembre 2000, causa C-287/98, Linster (Racc. pag. I-6917), e 18 ottobre 2007, causa C-195/06, Österreichischer Rundfunk (non ancora pubblicata in Raccolta).

43 — Sentenza della Corte di giustizia 27 aprile 1988, causa 252/85, Commissione/Francia (Racc. pag. 2243).

44 — Sentenza della Corte di giustizia 15 marzo 1990, causa C-339/87, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-851).

45 — Su tale aspetto concordo con gli argomenti del governo polacco.

79. L'art. 5 della direttiva 2002/19 introduce, «in particolare», una serie di obblighi che gli enti di regolamentazione devono poter imporre al fine di garantire l'interconnessione da punto a punto e l'accesso per gli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi finali (n. 1, secondo comma).

80. Tuttavia, l'attribuzione di tali facoltà non avviene in maniera automatica, bensì con l'apertura sufficiente perché gli organismi competenti si responsabilizzino dell'imposizione di tali obblighi, in condizioni di efficienza, di concorrenza sostenibile e recando il massimo vantaggio ai consumatori.

81. Questa tesi è stata confermata dalla sentenza della Corte di giustizia 13 dicembre 2001 [46], che ha esaminato i poteri delle autorità di regolamentazione ai sensi della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 30 giugno 1997, 97/33/CE, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP) [47].

82. Tale pronuncia [48], che riguardava il Regno di Spagna, ha fornito alla Repubblica di Polonia una protezione non effimera come quella che trovò Frédéric Chopin quando, insieme a George Sand, cercò rifugio nella Certosa di Gesù Nazareno di Valldemosa [49], in quanto, accanto ad una sorta di obbligo positivo [50] che vincola le amministrazioni nazionali alla direttiva sulle interconnessioni, la Corte ha riconosciuto alle dette autorità un ampio ventaglio di poteri, talché, oltre ad avere la facoltà di incoraggiare la stipulazione di accordi tra i concorrenti, esse possono altresì imporre ex ante [51] l'accesso all'anello locale degli abbonati e l'interconnessione alle centrali di commutazione locali ed a quelle di livello superiore.

46 — Causa C-79/00, Telefónica de España SA (Racc. pag. I-10075).

47 — GU L 199, pag. 32.

48 — In cui la Corte si è conformata alle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, presentate il 21 giugno 2001.

49 — La celebre coppia si trasferì a Maiorca nell'autunno del 1838 insieme ai figli della scrittrice, sperando di poter passare l'inverno in un clima benevolo che potesse attenuare la tubercolosi di cui soffriva il musicista polacco; ma l'inclemenza del tempo e, in special modo, l'umidità, ne accelerarono la morte, avvenuta nel febbraio del 1839, senza tuttavia che l'aggravarsi della malattia gli avesse impedito di progredire nella composizione dei suoi 24 Preludi opera 28, dopo che, avendo dovuto sbrigare alcune noiose pratiche doganali, aveva finalmente ricevuto il piano Plevel che aveva ordinato. George Sand descrive la sua esperienza nell'isola in un ambiente intimo e romantico, nel racconto *Un hiver à Majorque*, Ed. Cort, 2004.

50 — Che si può enunciare con l'espressione «tutto ciò che la direttiva non vieta è permesso».

51 — In presenza di un potere significativo di mercato.

83. Alla luce di tali vicende, che denotano la mancanza di definizione dei poteri degli enti di regolamentazione, l'argomento della Commissione pecca di insufficienza probatoria [52] e contrasta con l'accusa di negligenza nella trasposizione dell'art. 5 della direttiva accesso, giacché gli artt. 26-30 della legge polacca sulle telecomunicazioni, conformemente a quanto esposto, conferiscono alle autorità di regolamentazione ampi poteri di intervento [53].

84. Inoltre, anche se concordo con la ricorrente sul fatto che non sarebbe opportuno subordinare tali poteri alla previa esistenza di una controversia tra gli operatori, tuttavia non si potrebbe nemmeno dedurre che la direttiva accesso ponga un divieto in tal senso, poiché, sebbene gli artt. 26- 30 della legge polacca si limitino all'ambito del procedimento amministrativo, lo stesso non accade per l'art. 45, che esorta decisamente il presidente dell'UKE ad imporre gli obblighi regolamentari indispensabili per garantire l'attuazione delle misure enunciate all'artt. 1, nn. 2 e 3, della legge sulle telecomunicazioni, che coincidono con quelle descritte all'art. 8 della direttiva quadro.

52 — Nell'ambito di un ricorso per inadempimento che, quanto al contenuto, somigliava al caso presente, la sentenza della Corte di giustizia 10 gennaio de enero de 2008, causa C-387/06, Commissione/Finlandia (non ancora pubblicata in Raccolta) ha negato che la normativa interna limitasse i poteri dell'autorità regolamentare, giacché la Commissione non aveva proceduto ad un esame circostanziato né aveva dimostrato che l'organo nazionale non potesse adottare le misure idonee al conseguimento degli obiettivi enunciati all'art. 8 della direttiva quadro.

53 — A prescindere dall'eccesso di potere nel quale incorrono, che giustifica precisamente l'accoglimento del primo motivo di inadempimento.

85. Di conseguenza, non condivido l'inadempimento contestato dalla Commissione con il suo secondo motivo, poiché gli obiettivi enunciati in via generale dal diritto comunitario [54] risultano tutelati per effetto delle disposizioni di cui agli artt. 26-30 e 45 della legge nazionale controversa.

V — Sulle spese

86. Ai sensi dell'art. 69, nn. 2 e 3, del regolamento di procedura, se il ricorso è accolto parzialmente la Corte di giustizia può ripartire le spese tra le parti o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese.

87. L'accoglimento di uno solo dei motivi di ricorso dedotti dalla Commissione nei confronti della Polonia suggerisce, per motivi di equità, la compensazione delle spese.

54 — Devo richiamare l'art. 5 della direttiva 2002/19 in combinato disposto con l'art. 8 della direttiva 2002/21.

VI — Conclusione

88. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di giustizia di:

1) dichiarare che la Repubblica di Polonia, avendo imposto per legge a tutti gli operatori delle telecomunicazioni l'obbligo di negoziare un contratto di accesso, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 4, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime.

2) Respingere il ricorso quanto al resto.

3) Condannare ciascuna parte a sopportare le proprie spese.