

Comunicazioni elettroniche

Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche

di **Bernardo Argiolas**

A fine 2009, nel processo di revisione periodica del quadro regolatorio del 2002, è stata introdotta una nuova disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche. Tale pacchetto normativo, tra innovazione e compromesso, rafforza i meccanismi di coordinamento procedimentale e organizzativo di controllo sul settore, rimuove ulteriori ostacoli al perseguimento dell'obiettivo della convergenza e in direzione di una maggiore liberalizzazione. La visione d'insieme rivela un diritto delle comunicazioni elettroniche ancora in mezzo al guado, tra *de-regulation* e *over regulation*.

Premessa

Le comunicazioni elettroniche sono un'attività economica sottoposta a controllo da parte dei pubblici poteri. La quantità e la qualità delle regole di diritto amministrativo riguardanti il settore in questione si sono profondamente modificate nell'arco dell'ultimo secolo (1). Come è noto, si è passati da un regime di riserva (monopolio) ad un'ampia liberalizzazione. Quest'ultima, in realtà, non ha reciso l'ancoraggio al vecchio regime di "servizio pubblico" delle comunicazioni elettroniche (prima scomposte in telecomunicazioni e radiotelevisione, pur se ancora non del tutto "convergenti"); il persistente diritto amministrativo, peraltro, assume sembianze diverse, che ricadono sotto la denominazione "regolazione" (2). Quest'ultima, per quanto qui rileva, ha un'origine prevalentemente comunitaria, ma la concreta dimensione è largamente determinata a livello nazionale; necessita di continui aggiustamenti, in funzione di maggiore aderenza al contesto economico e tecnologico di riferimento, ma anche di correzione ai difetti del precedente quadro normativo; serve per liberalizzare, ma finisce per produrre nuove regole.

In tale ambito, a fine novembre 2009, è stata introdotta una nuova disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche. Essa si compone di due direttive (2009/136/Ce e 2009/140/Ce), un regolamento (Ce n. 1211/2009) e prevede l'adozione di una ulteriore raccomandazione da parte della Commissione. Tali provvedimenti, nel complesso, non mirano a costituire una nuova disciplina, inseren-

dosi semmai in un processo di revisione periodica previsto dal precedente quadro regolatorio del 2002, al fine di assicurarne la persistente rispondenza a criteri già stabiliti dal legislatore comunitario. Le direttive - che modificano e integrano, dunque, quelle del 2002 (3) - dovranno essere trasposte negli ordinamenti interni entro il 25 maggio 2011; il regolamento è entrato in vigore il 7 gennaio 2010 (4); la raccomandazione citata è ancora in fase progettuale (5). Solo alla fine di tale processo, dunque, potrà tracciarsi un definitivo bilancio dei problemi che ancora affliggono il settore, sospeso

Note:

(1) Sulle tendenze di "sistema" degli ultimi venticinque anni, L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, in particolare p. 91 ss. sulle tendenze del diritto amministrativo nell'economia. Più generale, sulle vicende e prospettive del diritto amministrativo, anche in relazione alla componente europea e globale, non può non rinviarsi a S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010.

(2) Sulle caratteristiche della regolazione, S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaro e M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 11 ss.

(3) La direttiva 2009/140/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata il 25 novembre 2009, apporta modifiche e integrazioni alle direttive 2002/21/Ce, 2002/19/Ce e 2002/20/Ce. La direttiva 2009/136/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 reca, invece, modifiche della direttiva 2002/22/Ce, della direttiva 2002/58/Ce e del regolamento (Ce) n. 2006/2004.

(4) Regolamento (Ce) n. 1211/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec) e l'Ufficio.

(5) La raccomandazione ha ad oggetto l'accesso alle reti di nuova generazione cd. Ngn (*Next Generation Networks*).

tra mancata armonizzazione, istanze di accentrimento e decentramento nel controllo, incerto confine tra regolazione e concorrenza; ma caratterizzato dal più ampio livello di liberalizzazione e di tutela del cittadino-utente tra i servizi di interesse economico generale.

L'obiettivo di questo scritto è quello di fornire un primo (e parziale) commento dei profili maggiormente qualificanti della nuova disciplina comunitaria, per segnalare le principali differenze rispetto al pacchetto delle direttive comunitarie del 2002 e, in definitiva, delineare le tendenze di fondo nel settore. L'esposizione si divide in cinque parti. Dopo avere fatto riferimento ai profili caratterizzanti le direttive del 2002, si descriveranno le finalità del "terzo pacchetto" (del 2009); quindi, si esporranno le modifiche che hanno riguardato i pubblici poteri che controllano il settore; si esamineranno, poi, le strategie del controllo; infine, si porranno in evidenza ulteriori significative innovazioni della regolazione in materia (spettro radio, separazione funzionale, reti tecnologicamente avanzate e servizio universale).

Le prime due "generazioni" del diritto comunitario nelle comunicazioni elettroniche

Prima di approfondire le modifiche recenti, è opportuno fare un rapidissimo riferimento al contesto nel quale si inserisce la riforma comunitaria.

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, il settore delle telecomunicazioni è stato interessato da un articolato processo di liberalizzazione, ispirato da direttive comunitarie (cd. di "prima generazione") di volta in volta trasposte in sede nazionale. Tale riforma è favorita dall'evoluzione delle tecnologie, che, consentendo la duplicazione delle reti (non più monopolio naturale) e l'offerta di nuovi servizi di telecomunicazione, apre la strada al progressivo allargamento dei mercati nel rispetto dell'interesse generale alla fornitura diffusa e abbordabile dei servizi basilari (il cd. servizio universale). Più in particolare, vengono aboliti i diritti speciali e esclusivi concernenti i servizi e le reti di telecomunicazioni (e dunque le leggi di riserva esistenti); si sostituisce il sistema di accesso ai mercati, basato su concessioni, con autorizzazioni non discrezionali; le funzioni di regolazione sono affidate ad un organismo indipendente dagli operatori di settore (autorità nazionale di regolazione-Anr), che vigila anche sulla fornitura dei servizi essenziali. Questi interventi hanno avuto un impatto formidabile sulla disci-

plina giuridica tradizionale (6), modificando i confini tra diritto pubblico e diritto privato (7).

Negli anni più recenti, l'avvento della tecnologia digitale, attraverso la quale telefono, televisore e computer vengono supportati da un'unica piattaforma trasmissiva, rende possibile la revisione del quadro regolamentare del settore, culminato con il pacchetto delle direttive adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 7 marzo 2002, volte a definire una disciplina uniforme per tutte le reti e i servizi di "comunicazioni elettroniche" (da tale convergenza, però, resta esclusa la disciplina dei contenuti) (8). Tale complesso normativo - siamo alla "se-

Note:

(6) In Italia, ad esempio, una volta raggiunta la completa liberalizzazione, le attività di telecomunicazioni non costituiscono più un servizio pubblico essenziale che può essere riservato ai pubblici poteri (ai sensi dell'art. 43 cost.), ma sono svolte in regime di libertà di impresa basato sull'art. 41 cost. ed, eventualmente, sottoposte ai controlli (previsti dal c. 3 dello stesso articolo) necessari per assicurare il perseguimento dei fini sociali. Sulla trasformazione intervenute nei servizi pubblici e, più in particolare, nelle comunicazioni elettroniche, la letteratura è oramai abbondante. Ci si limita a segnalare: S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 1996, 5, e *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, 233; S. Cassese e A. Valli, *Il nuovo diritto delle telecomunicazioni*, in questa Rivista, 1997, 1113; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371; G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, 867; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 1999; G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, n. 1/1999, p. 7; F. Bonelli e S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; F. Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 535; M. Ramajoli, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; R. Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002 e (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2002; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; M. Clarich e G.F. Cartei (a cura di) *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004; R. Perez, *Comunicazioni elettroniche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, II ed., Milano, 2007, Parte speciale, tomo II, 783 ss.; G. Della Cananea, *Servizi pubblici*, in S. Patti, (diretta da) *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. III, Milano, 2007.

(7) Sulla complessa composizione tra diritto pubblico e diritto privato nel diritto amministrativo, si rinvia a B.G. Mattarella, *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, tomo I, Milano, 699 ss.

(8) Come è noto, l'assoggettamento ad una disciplina unitaria ("tecnologicamente neutrale") dell'aspetto tecnico dell'attività radiotelevisiva non ha riguardato l'aspetto editoriale, poiché i contenuti televisivi sono stati disciplinati da altre direttive (la direttiva n. 552/89/Cee, modificata dalla direttiva n. 97/36/Ce). Peraltro, anche nell'ambito della disciplina comunitaria relativa ai mezzi si riscontrano importanti deroghe e modifiche per la radiotelevisione (come, ad esempio, nel caso della assegnazione delle frequenze, a cui si farà riferimento in seguito).

conda generazione” di direttive comunitarie in materia (9) - ha aspirazione di stabilità, perdendo il carattere transitorio della precedente disciplina, prevalentemente attenta a liberalizzare più che a garantire il libero gioco concorrenziale (10).

Ma più che l'ispirazione complessiva di tale secondo pacchetto - nelle sue linee generali non troppo dissimile dal precedente processo normativo, che viene soprattutto razionalizzato dal punto di vista quantitativo - sono le strumentazioni che supportano il raggiungimento degli obiettivi prefissati (concorrenza, funzionamento del mercato interno, tutela dei consumatori; il tutto in maniera omogenea nel contesto comunitario) a presentare carattere innovativo. In tale direzione, va evidenziata l'introduzione di meccanismi di coordinamento procedimentale e organizzativo di controllo sul settore, e in particolare la procedura composta, alla quale prendono parte la Commissione Europea e le Anr, di analisi dei mercati (11). Con tale strumentazione, dal punto di vista regolamentare, si passa da un controllo *ex post* a meccanismi normativamente proceduralizzati di controllo *ex ante*, ossia volti ad impedire o disincentivare determinate condotte prima che i privati le pongano in essere, ma solo in presenza di rischi concorrenziali concreti. Infine, il pacchetto del 2002 riconferma gli istituti dell'autorizzazione generale e del servizio universale.

La trasposizione di tali direttive a livello nazionale (in Italia con il d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”) e la concreta prassi regolamentare non hanno garantito integralmente i risultati sperati a livello comunitario. A tale proposito, è sufficiente citare la direttiva 2009/140/Ce stessa (di seguito anche direttiva n. 140), nella quale si evidenzia come «l'aspetto più importante da affrontare è la persistente mancanza di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche», in quanto «la frammentazione normativa e le discrepanze nelle attività delle varie autorità nazionali di regolamentazione mettono in pericolo non solo la competitività del settore, ma anche i significativi vantaggi che la concorrenza transnazionale può apportare ai consumatori» (considerando 2). Di qui, dunque, il tentativo di ridurre a maggiore unità normazione e azione amministrativa nelle comunicazioni elettroniche in Europa.

Le finalità del “terzo pacchetto” comunitario delle comunicazioni elettroniche

Con le prime due generazioni di direttive comuni-

tarie, dunque, non appare conseguito un sufficiente livello di omogeneità del mercato europeo delle comunicazioni elettroniche. Di conseguenza, pur se le dinamiche concorrenziali, rispetto agli altri servizi pubblici a rete, risultano molto avanzate, l'*incumbent* - con intensità diverse nei vari paesi europei - continua a rimanere dominante nei principali mercati. Di qui la necessità di un nuovo intervento comunitario, in funzione del rafforzamento dei meccanismi di coordinamento procedimentale e organizzativo di controllo sul settore (12), oltre che di rimozione degli ulteriori ostacoli al perseguimento dell'obiettivo della convergenza e della maggiore liberalizzazione del settore (13).

Note:

(9) Si tratta, in dettaglio, delle direttive n. 2002/19/Ce (cd. direttiva autorizzazioni), n. 2002/20/Ce (cd. direttiva accesso), n. 2002/21/Ce (cd. direttiva quadro) e n. 2002/22/Ce (cd. direttiva servizio universale). Completano, inoltre, il quadro normativo complessivo in materia altre due direttive (la direttiva privacy e la direttiva concorrenza), una decisione (la decisione radio spettro) e due strumenti interpretativi per agevolarne l'applicazione (le linee guida sulle analisi di mercato e la raccomandazione sui mercati rilevanti e relativo memorandum esplicativo).

(10) Per una descrizione e analisi critica delle direttive del 2002, si rinvia a M. Siragusa e S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza, in Mercato concorrenza e regole*, 2002, 515 e ss. e, nello stesso numero della rivista, a A. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, 561 ss.; si v., inoltre, gli articoli di L. Prosperetti, M. Ulbrich e R. Verrue, A. Bassanini e C. Leporelli e P. Riverberi, M. Gambero, V. Zencovich, contenuti nel n. 3/2001 de *l'industria*, 375 ss.

(11) Per la ricostruzione di tale modello di integrazione amministrativa nel settore delle comunicazioni elettroniche, dove si realizza una integrazione strutturale e funzionale di apparati amministrativi comuni a Stati membri e Unione europea, concepiti come sistemi composti da soggetti complementari tra loro, si rinvia a S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *questa Rivista*, 2002, 689 ss. Un'organica ricostruzione dei meccanismi di dipendenza funzionale delle amministrazioni nazionali dalle istituzioni comunitarie, con ripetuti riferimenti anche al settore delle comunicazioni elettroniche, è contenuta in L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007. Si v. anche M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2004, 403 ss.; G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti*, in F. Bignami e S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 307 ss.; E. Chiti e G. della Cananea, *L'attività amministrativa*, in G. della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2006, 89 ss., in part. 106-107.

(12) Sui limiti dell'assetto istituzionale del settore, si v. l'acuta analisi di G. della Cananea, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in G. della Cananea (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005, 9 e ss.

(13) Un'analisi complessiva del nuovo quadro normativo in materia è contenuta in G. Morbidelli e F. Donati (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009 e F. Bassan, *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010.

Anche nel pacchetto del 2009, gli obiettivi generali rimangono gli stessi del precedente quadro normativo; tendenzialmente, anche le strumentazioni per perseguire tali finalità non cambiano rispetto al 2002 (rimane la regolamentazione *ex ante*, disposta su un procedimento composto Commissione-Anr), ma si tenta di ricomporle all'interno di un più omogeneo quadro amministrativo, spostando complessivamente l'equilibrio dei poteri dalla periferia al centro, rafforzando il ruolo del "direttore" nel "concerto" regolamentare europeo delle telecomunicazioni (14).

Tuttavia, tra le proposte iniziali della Commissione e i testi finali adottati vi sono significative discrasie (15), tant'è che alcune delle principali misure di riforma progettate o non hanno visto la luce (si pensi alla mancata creazione di una autorità europea per il mercato delle comunicazioni elettroniche), o hanno fatto spazio a soluzioni compromissorie (in relazione, ad esempio, all'estensione dei poteri di veto della Commissione nelle procedure di analisi dei mercati) (16).

In tale dimensione, le principali innovazioni adottate si rinvencono nelle norme sulla organizzazione del controllo, sulla procedura di analisi dei mercati e su alcuni meccanismi volti all'ampliamento o alla garanzia della concorrenza nel settore. Vi sono poi numerose modifiche minori, volte a consolidare il mercato unico, ad accelerare i procedimenti di analisi di mercato, a rafforzare gli interessi dei consumatori e degli utilizzatori, a migliorare la sicurezza ed eliminare le disposizioni divenute obsolete.

L'organizzazione del controllo

Un fattore importante di disomogeneità del mercato europeo delle comunicazioni elettroniche va rinvenuto, secondo il diritto comunitario, nell'organizzazione del controllo. In tale ambito, infatti, la non completa "imparzialità di giudizio" e "incoerenza" nell'applicazione delle norme di settore è dovuta alle influenze della politica sulle Anr e all'eccessiva discrezionalità loro concessa nell'applicazione del quadro normativo (17).

Per tale motivo, la riforma comunitaria interviene sull'organizzazione amministrativa funzionalmente adibita ad attuare il quadro comunitario nel settore delle comunicazioni elettroniche, oltre che sull'attuazione stessa (di cui si parlerà nel paragrafo successivo). Tale intento viene perseguito in una duplice direzione: da un lato, vengono rafforzati i meccanismi di indipendenza delle autorità di regolazione nazionali; dall'altro, si procede a predeter-

minare l'azione delle Anr attraverso la creazione di apposite strutture di coordinamento collocate a livello comunitario.

Relativamente al primo aspetto, ai sensi dell'art. 3 *bis* della direttiva 2009/140/Ce, «le autorità nazionali di regolamentazione [...] operano in indipendenza e non sollecitano né accettano istruzioni da alcun altro organismo nell'esercizio dei compiti loro affidati ai sensi della normativa nazionale che recepisce quella comunitaria». Tale indipendenza non può essere derogata ad opera del legislatore domestico (se non in virtù del «del diritto costituzionale nazionale») e le decisioni delle Anr non possono essere sospese o confutate da soggetti politici (18). È inoltre preclusa la revoca *ad nutum* dei vertici dell'autorità nazionale di regolazione: essa, infatti, è consentita soltanto nel caso in cui vengano meno

Note:

(14) La formula si deve a S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit., 689 ss. Sulle tecniche di coordinamento organizzativo e procedimentale nel settore delle comunicazioni elettroniche, riprendendo anche la ricostruzione operata da Cassese, G. Napolitano, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1469 ss.

(15) Il riferimento è alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, (COM(2007) 697 - non pubblicata sulla G.U.) e alla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 novembre 2007, che presenta la relazione sull'esito del riesame del quadro normativo comunitario per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica a norma della direttiva 2002/21/Ce e sintetizza le proposte di riforma del 2007 (COM(2007) 696 definitivo - non pubblicata sulla G.U.). Con riferimento alle iniziali proposte della Commissione, si v. G. Morbidelli e F. Donati (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, cit. Simili discrasie, peraltro, avevano connotato anche, più o meno in relazione alle stesse prospettive di modifica in descrizione, anche la riforma del quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche di "seconda generazione".

(16) La presenza di discrasie tra le iniziali proposte della Commissione e i materiali normativi successivamente adottati non implica necessariamente una complessiva valutazione negativa del nuovo pacchetto comunitario. Per un'analisi costi-benefici delle proposte della Commissione e, più ampiamente, sulle dinamiche di accentramento presenti nel diritto comunitario, di grande interesse è lo studio di G. Napolitano, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, cit., 2008, 1469 ss.

(17) Tali valutazioni sono chiaramente esplicitate nei considerando 13 e 18 della direttiva n. 140, dove si sottolinea l'esigenza di "indipendenza" e di maggiore "prevedibilità" delle decisioni delle autorità nazionali di regolamentazione.

(18) Come già previsto dal precedente quadro regolamentare, le decisioni delle Anr possono essere sindacate esclusivamente da un organo «indipendente dalle parti coinvolte», «in possesso di competenze adeguate», «può essere un tribunale», le cui decisioni sono in ogni caso «impugnabili dinanzi a una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 del trattato» (art. 4 direttiva 2002/21/Ce).

le condizioni previste dalla legge per la nomina. La decisione di revoca deve essere comunque motivata e resa pubblica.

Infine, gli Stati devono assicurare che le Anr dispongano, oltre che di un bilancio separato, di adeguate risorse finanziarie ed umane, anche per partecipare e contribuire attivamente all'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec), di cui si dirà a breve.

Il diritto comunitario, dunque, pone ora l'accento sul fatto che per gli organismi di regolazione nazionali, lungi dall'essere sufficiente la distinzione con le imprese regolate e una qualificazione in termini di (specifica) "competenza" rispetto all'apparato amministrativo generale (art. 3, c. 1, direttiva 2002/21/Ce), devono essere "indipendenti", e tale indipendenza passa attraverso apposite misure organizzative (tutela dei vertici e adeguate risorse finanziarie e umane) e funzionali (gli atti delle Anr possono essere "confutati" solo da un giudice e non da parte di un'altra pubblica amministrazione).

Relativamente al secondo aspetto, l'omogenea applicazione del diritto comunitario all'interno dei diversi Stati, oltre che dal punto di vista negativo, viene garantita con la creazione di una struttura di coordinamento nazionale-comunitaria. Infatti, il Regolamento (Ce) n. 1211/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 (di seguito regolamento) istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec). Tale «organismo», destinato a sostituire l'*Erg-European Regulatory Group* (19), è chiamato a svolgere i propri compiti in modo indipendente, imparziale e trasparente.

Il Berec persegue gli stessi obiettivi assegnati alle autorità nazionali di regolamentazione e, in particolare, «contribuisce allo sviluppo e al miglior funzionamento del mercato interno delle reti e dei servizi di comunicazioni elettroniche, mirando ad assicurare un'applicazione coerente del quadro normativo dell'Unione europea per le comunicazioni elettroniche», promuovendo principalmente «la cooperazione tra le Anr e tra queste ultime e la Commissione» (art. 1, c. 3 e 4, regolamento). Tale coordinamento, orizzontale (tra Anr) e verticale (tra Anr e Commissione), si sostanzia in poteri consultivi, pur se «le Anr e la Commissione tengono nel massimo conto i pareri, le raccomandazioni, gli orientamenti, la consulenza o la migliore prassi regolamentare adottati dal Berec» (art. 3, c. 3, regolamento). Le decisioni, in funzione di superare la limitata capacità decisionale dell'Erg (che decideva all'unanimità

ed era scarsamente coinvolto nei processi di regolazione), sono assunte a maggioranza.

L'organo decisionale del Berec è il Comitato di regolatori (artt. 4 e 5, regolamento), supportato da un Ufficio dotato di personalità giuridica (art. 6), che dispone di un comitato di gestione (art. 7) e di un direttore amministrativo (artt. 8 e 9). L'organizzazione del Berec è prevalentemente controllata dalle Anr. Per il Presidente e il direttore amministrativo, però, è previsto un generale principio di indipendenza (da Stati membri, Anr, Commissione e terzi). Il funzionamento dell'Ufficio si basa su sovvenzioni comunitarie e contributi finanziari nazionali (degli Stati membri o delle loro Anr, art. 11).

I due profili di riforma ai quali si è fatto riferimento, dunque, si inseriscono nella tendenza all'integrazione organizzativa e funzionale tra Anr e Commissione europea. Le autorità nazionali di regolazione, infatti, poste maggiormente al riparo da pressioni politiche nazionali, dovrebbero essere portate ad applicare in maniera più consona allo spirito comunitario il diritto delle comunicazioni, evitando di venire catturate dalle sirene domestiche. Il rafforzamento di una struttura di composizione centralizzata, invece, mira a scongiurare la diffusa disomogeneità regolativa. In tal modo, si pongono le basi per «un contesto istituzionale volto ad omogeneizzare le preferenze degli *agenti* e ad allinearle progressivamente a quelle del *principale*» (20).

Nell'immediato, peraltro, tali riforme non appaiono particolarmente innovative. Per un verso, diversi Stati membri già da tempo hanno proceduto all'istituzione di autorità di regolazione indipendenti dagli organi di indirizzo politico. Il riferimento all'indi-

Note:

(19) L'*European Regulatory Group* nasce dalla confluenza di due diversi organismi informali istituiti tra il 1999 e il 2000: il primo è l'*High level meeting of National Administrations and Regulatory Authorities*, istituito su iniziativa della Commissione, soprattutto al fini di omogeneizzare la regolazione a livello nazionale; il secondo è l'*Independent Regulators' Group*, organismo associativo delle autorità nazionali di regolamentazione, creato anche con lo scopo di effettuare un'azione più incisiva di pressione e di convincimento sulla Commissione. A partire dal 2002, l'Erg, riunendo in forma stabile i vertici delle autorità nazionali di regolamentazione, definisce indirizzi e orientamenti comuni e assiste la Commissione europea nell'esercizio delle sue funzioni di iniziativa normativa, di indirizzo e di controllo sulla corretta attuazione della disciplina comunitaria. Su tali profili, si v. G. Napolitano, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 1469 ss. e G. della Cananea, *I problemi istituzionali del nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., 9 ss.; più ampiamente, I. Chieffi, *L'integrazione amministrativa europea nelle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2006.

(20) G. Napolitano, *op. cit.*, 1469 ss.

pendenza contenuto nelle nuove norme, peraltro, segna un punto di non ritorno: i legislatori nazionali, *rebus sic stantibus*, non potranno ricondurre (o minacciare di farlo) all'interno del cono governativo le autorità di regolazione, pur se l'esperienza di questi anni insegna che vi sono tecniche più sottili di "deviazione" politica delle autorità indipendenti (si pensi, ad esempio, ai criteri di nomina dei vertici e all'elemento finanziario) (21). Allo stato attuale, dunque, in mancanza di un riconoscimento a livello costituzionale della possibilità di istituire organi che derogano al principio della responsabilità ministeriale, l'indipendenza delle Anr nelle comunicazioni elettroniche gode di una "copertura comunitaria", non priva di meccanismi di tutela (22), di per sé sufficiente a giustificare la loro legittimazione (23).

Per l'altro, la creazione del Berec è anche la storia della mancata introduzione di un'autorità europea per le comunicazioni elettroniche (*European Electronic Communications Market Authority-Eecma*), oltre che del tentativo non riuscito della Commissione di avere un ruolo più rilevante nell'organismo di coordinamento delle Anr (24). In ogni caso, l'area di intervento, i meccanismi di decisione e la stabilità organizzativa del Berec, pongono i presupposti per un ruolo certamente più incisivo del nuovo organismo rispetto al predecessore *European Regulatory Group*.

L'armonizzazione procedimentale

Altro importante ambito di intervento del nuovo pacchetto comunitario - in vista della composizione della frammentazione e della disorganicità del mercato interno delle comunicazioni elettroniche - è quello della procedura di analisi dei mercati. La soluzione individuata, in questo caso, consiste nel far ricoprire un ruolo più significativo alla Commissione in tali procedure, in modo da ridurre, appunto, le divergenze regolatorie presenti nei diversi ordinamenti nazionali (25).

Il tentativo di accentramento comunitario, in realtà, non risulta completamente riuscito, in quanto tra l'iniziale proposta della Commissione e la direttiva definitivamente approvata si è passati da un (ampliamento del) potere di veto ad un *iter* procedimentale dove l'ultima parola spetta comunque alle Anr.

Il nuovo art. 7 bis («Procedura per la coerente applicazione delle misure correttive»), infatti, prevede un nuovo procedimento composto, che ha ad oggetto il contenuto delle singole misure regolatorie,

in cui il potere decisorio è in capo alle Anr. Purtuttavia, le molteplici intersezioni negoziali, formali ed informali, e il regime di pubblicità al quale è sottoposto il procedimento, non escludono che la Commissione possa svolgere un'influenza decisiva nella predisposizione delle misure di regolazione. Infatti, pur mancando un'ipotesi di ritiro obbligato della misura nazionale, un prolungato "braccio di ferro" con le istituzioni comunitarie potrebbe presentarsi eccessivamente dispendioso, in termini "politici" e di *accountability* procedimentale, per la Anr coinvolta. Quest'ultima, proprio per tale ragione, può ritirare il progetto di misura in qualsiasi fase della procedura.

Ma veniamo alle norme. Il nuovo procedimento prevede un complicato intreccio tra fasi nazionali e fasi comunitarie (e, dunque, composte), che di se-

Note:

(21) Si v. le osservazioni formulate da G. Napolitano, *op. cit.*, 1469 ss., in part. note 19 e 20, sui criteri e requisiti di nomina e sulle relative conseguenze empiriche. Sulla rilevanza dell'elemento finanziario, e più ampiamente sull'altalenante vicenda delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano, si v. M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 28. Sull'esigenza di rafforzamento delle prerogative di indipendenza delle autorità indipendenti, soprattutto in un contesto di crisi dei mercati, G. Napolitano e A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009.

(22) È la prospettiva aperta dalla recente decisione della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 3 dicembre 2009, causa C-424/07, con la quale si è stabilito che le nuove disposizioni della legge tedesca in materia di telecomunicazioni ("TKG", che definisce la nozione di "nuovi mercati" e stabilisce il principio generale di deregolamentazione per tali mercati), limitando il potere discrezionale delle autorità nazionali di regolazione, contrastano con il quadro normativo comune sulle comunicazioni elettroniche.

(23) In passato una simile interpretazione era stata sostenuta da F. Merusi, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, 21.

(24) Per tale vicenda, su tutti, il rinvio d'obbligo è ancora a G. Napolitano, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, cit., 1469 ss.

(25) Come è noto, sulla base del combinato disposto dell'art. 7 e dell'art. 15 e ss. della direttiva quadro del 2002, per l'identificazione di un mercato rilevante e la designazione di un'impresa che detiene un potere di mercato significativo è previsto un procedimento composto tra Anr e Commissione europea, dove quest'ultima, in presenza di taluni presupposti, è dotata di un potere di veto nei confronti della misura nazionale. Dal lato comunitario, tale meccanismo «ha contribuito significativamente allo sviluppo di un approccio coerente per determinare le circostanze nelle quali è possibile applicare una regolamentazione *ex ante* e quelle nelle quali gli operatori sono assoggettati a tale regolamentazione», e «la Commissione può pertanto contribuire a garantire un livello più elevato di coerenza nell'adozione delle misure correttive» (considerando 19, direttiva n. 140). Da qui, dunque, il tentativo di ampliare il ruolo delle Commissioni nella imposizioni di misure di regolazione nei mercati nazionali.

guito sinteticamente si descrivono. L'avvio coincide con la sottoposizione, da parte della Anr alla Commissione, di un "progetto di misura", che conclude il procedimento nazionale volto ad «imporre, modificare o revocare un obbligo imposto a un operatore» che detiene un significativo potere di mercato.

Qui si innesta una fase di supervisione da parte della Commissione, che può concludersi con la sospensione del procedimento. L'amministrazione comunitaria, infatti, entro un mese, può non eccepire alcunché, per cui l'Anr adotta il progetto di misura (tenendo comunque nella massima considerazione le osservazioni formulate dalla Commissione, dal Berc o da altra autorità nazionale di regolamentazione); oppure, se la Commissione ritiene che il progetto di misura crei un ostacolo al mercato unico o dubita seriamente della sua compatibilità con il diritto comunitario, notifica all'Anr tali motivi ostativi e il procedimento subisce una sospensione di tre mesi.

In tale arco temporale è previsto un negoziato tra le diverse amministrazioni coinvolte, le quali, nell'individuazione della misura, possibilmente coerente con la "pratica regolamentare", dovrebbero tenere conto anche degli interessi privati acquisiti nell'istruttoria procedimentale nazionale.

La parte formalizzata del negoziato in questione prevede, sequenzialmente, un intervento consultivo del Berc e, successivamente, ulteriori pronunciamenti da parte dell'Anr e della Commissione.

In primo luogo, il Berc, entro sei settimane dall'inizio del periodo di tre mesi e deliberando a maggioranza dei membri che lo compongono, può, motivatamente, condividere o meno i dubbi della Commissione. Se il Berc trova fondati i dubbi della Commissione, può avanzare proposte specifiche di modifica, cooperando in ogni caso con l'autorità nazionale di regolamentazione interessata allo scopo di individuare la misura più idonea ed efficace.

In secondo luogo, l'Anr, entro i tre mesi di sospensione, può - accogliendo, in tutto o in parte, le obiezioni della Commissione (eventualmente condivise dal Berc) - modificare o ritirare l'iniziale progetto di misura, oppure ripresentare il testo iniziale.

A questo punto, entro un mese dalla fine del trimestre, la Commissione può sciogliere le iniziali riserve (presumibilmente in caso di modifica o ritiro del progetto sul quale si erano appuntati i suoi dubbi), o formulare una raccomandazione motivata (soprattutto se il Berc non ha aderito alle obiezioni della Commissione), in cui si invita nuovamente l'Anr a

modificare o ritirare il progetto di misura. Si deve trattare esplicitamente di un dissenso costruttivo, in quanto la Commissione è tenuta a formulare proposte specifiche. L'ultima parola, come detto, spetta all'Anr, ma presumibilmente l'adozione della raccomandazione da parte della Commissione limiterà notevolmente possibili conclusioni unilaterali del procedimento da parte dell'Anr (si pensi, ad esempio, come la raccomandazione della Commissione sui mercati regolabili, pur trattandosi di atto di *soft law*, sia stata concretamente interpretata dalle Anr come vincolate) (26).

Infine, l'Autorità nazionale di regolazione adotta la decisione finale. Essa deve essere comunicata alla Commissione e al Berc entro un mese dall'ultimo intervento della Commissione (raccomandazione o ritiro delle riserve), con eventuale proroga se è necessario espletare una nuova consultazione pubblica a seguito della modificazione della proposta iniziale. La decisione dell'Anr di non modificare o ritirare il progetto di misura sulla base della raccomandazione è soggetta ad obbligo motivazionale.

In sintesi, la regolazione "composta" si estende dalla definizione dei mercati all'imposizione degli obblighi (si pensi, ad esempio, alle tariffe di accesso alle reti degli operatori dominanti, i cui livelli presentano marcate differenze nei paesi europei); la responsabilità della decisione finale rimane in capo all'Anr, ma non è priva di controlli nella sua fase formativa (anche privati, attraverso la consultazione pubblica); inoltre, il (duplice) potere della Commissione di invitare l'autorità nazionale ad emanare una nuova deliberazione, unitamente all'esercizio della sua *moral suasion* nel corso del lungo negoziato (nel quale è coinvolto anche il Berc), apre la strada ad una regolazione monitorata (27), suscettibile di garantire maggiore omogeneità a livello comunitario (28). Tale meccanismo di con-

Note:

(26) G. De Minico, *Le Direttive Ce sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, 2006, pubblicato in www.forumcostituzionale.it, 6.

(27) E la terminologia adotta da M. Clarich e R. Cassano, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. inf.*, 2008, 24 ss., in riferimento all'iniziale progetto di riforma della Commissione, che prevedeva l'estensione del potere di veto dell'amministrazione comunitaria: si ritiene, tuttavia, sulla base delle considerazioni formulate, che tale definizione possa attagliarsi anche nel nuovo quadro normativo comunitario effettivamente adottato.

(28) Oltre alle considerazioni formulate sul rispetto da parte delle autorità di regolazione nazionali della raccomandazione sui mercati regolabili, si pensi, inoltre, che solo in pochissimi casi la
(segue)

trollo procedurale, sotto altro profilo, rischia di creare frequenti tensioni tra Commissione e Anr, oltre che tendere potenzialmente verso un'ulteriore "ossificazione" dell'attività decisionale nel settore (29).

Più in generale, le innovazioni relative agli obblighi sugli operatori con notevole potere di mercato descritte confermano il principale paradosso della liberalizzazione dei servizi pubblici, in quanto al fine di far spazio al libero mercato aumentano norme e regole (30). La regolazione, dunque, difficilmente verrà integralmente sostituita a breve dal diritto dei privati (soprattutto perché gli operatori dominanti non cessano di esser tali), ma tende a migliorare in qualità (la regolazione descritta è preparata da procedure negoziate, pubbliche e imparziali).

Innovazione tecnologica e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche

L'obiettivo di un mercato europeo delle comunicazioni passa anche per la realizzazione di una più effettiva convergenza nel settore e per un rinnovato sviluppo della concorrenza tra i servizi, favorendo la realizzazione (e la fruizione) di reti tecnologicamente avanzate. Anche su questi aspetti è intervenuto il terzo pacchetto comunitario, affermando il principio di neutralità tecnologica in riferimento alla gestione dello spettro, introducendo il *remedy* della separazione funzionale della rete, avviando la riflessione sulla promozione degli investimenti per la costruzione di reti di nuova generazione e sulla realizzazione di un'effettiva società dell'informazione.

La gestione dello spettro

In primo luogo, l'intervento comunitario in materia di gestione dello spettro, affermando il principio di neutralità (tecnologica e dei servizi), è volto a liberare nuove risorse alla concorrenza. Infatti, la normativa previgente, pur prevedendo il principio secondo il quale tutti i servizi di comunicazione elettronica e le reti possono operare con un'autorizzazione generale, permetteva l'utilizzo di licenze individuali in relazione all'attribuzione di frequenze radio, prevalentemente per ragioni di natura tecnica (evitare possibili interferenze dannose). In conseguenza di ciò, gli assetti nazionali sono risultati caratterizzati da condizioni di accesso e uso delle frequenze diverse in ragione del tipo di operatore.

Allo stato attuale, i limiti tecnici del passato risultano minimizzati dall'evoluzione tecnologica, per cui il diritto comunitario mira a rendere più agevo-

le l'accesso alle risorse dello spettro radio, indipendentemente dal servizio offerto. In tale ambito, la questione di maggiore attualità resta la possibile condivisione, da parte di diversi servizi, delle frequenze usate sinora dalla televisione. Il progressivo passaggio dall'analogico al digitale terrestre in ambito radiotelevisivo, infatti, moltiplica le potenzialità di trasmissione delle radiofrequenze, liberando importanti spazi di mercato (cd. dividendo digitale) (31).

Illustrate le finalità di fondo della riforma dello spettro, va fatto riferimento agli strumenti concretamente predisposti dalla direttiva n. 140 in tale ambito, soffermandosi in particolare sul tendenziale passaggio dal regime di licenza a quello di autorizzazione (32). L'attribuzione delle risorse rimane appannaggio degli Stati membri, che però assicurano che nelle bande di frequenze dichiarate disponibili possono essere utilizzati tutti i tipi di tecnologie e forniti tutti i tipi di servizi di comunicazione elettronica (art. 9, c. 3 e 4). Le procedure in questione,

Note:

(segue nota 28)

Commissione ha esercitato il potere di veto previsto dall'art. 7, essendo sufficiente la minaccia di esercitarlo, più che l'effettivo esercizio del veto stesso, per raggiungere gli obiettivi prefissati. Infatti, dal 2002, la Commissione ha esercitato il potere di veto solo sette volte, su circa mille notificazioni, ma in altri quaranta casi le Anr hanno ritirato le misure proposte per evitare una simile evenienza: *MEMO/09/539, 7 december 2009, EU Telecoms: the Article 7 procedure, the role of the European Commission and the impact of the EU Telecoms Reforms: Frequently Asked Questions*.

(29) Su tali aspetti, G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 113 ss. e E. Chiti, *Le ambivalenze del «concerto regolamentare europeo» nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in G. della Cananea (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, cit., 19 ss.

(30) Sulla ri-regolazione che segue la liberalizzazione, G. Majone, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996; B. Eberlein, *L'Etat régulateur en Europe*, in *Revue française de science politique*, n. 2, aprile, 1999, 205 ss.; S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, cit., 15 ss.; B. Argiolas, *La fenice regolatoria dei servizi pubblici*, in B. Argiolas e altri, *L'insegnamento in pubblico. Gli scritti giornalistici di Sabino Cassese*, Milano, 2010, 212 ss.

(31) Si v. COM(2007) 700 definitivo del 13 novembre 2007, Trarre il massimo beneficio dal dividendo digitale in Europa: un approccio comune all'uso dello spettro liberato dal passaggio al digitale e la raccomandazione della Commissione, del 28 ottobre 2009, Agevolare l'utilizzo del dividendo digitale nell'Unione europea, in GUCE L 308 del 24 novembre 2009, 24. Si v. anche, più recentemente, la decisione della Commissione del 6 maggio 2010, Relativa all'armonizzazione delle condizioni tecniche d'uso della banda di frequenze 790-862 MHz per i sistemi terrestri in grado di fornire servizi di comunicazioni elettroniche nell'Unione europea, in GUCE 11 maggio 2010, L 117, 95.

(32) Più in generale, è previsto il coordinamento della pianificazione strategica (art. 8-bis) e, se del caso, percorsi di armonizzazione a livello comunitario (art. 9).

inoltre, si fondano su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati (art. 9, c. 1, ultimo periodo). Non viene meno, in ogni caso, la discrezionalità nel rilascio del titolo e in funzione di deroga alla neutralità dei servizi: ciò in presenza di «un obiettivo di interesse generale definito dagli Stati membri conformemente al diritto comunitario», quale, tra gli altri, «la promozione della diversità culturale e linguistica e del pluralismo dei media, ad esempio mediante prestazione di servizi di radiodiffusione o telediffusione». La normativa comunitaria, poi, nel tentativo (già avviato con il pacchetto del 2002) di garantire un'utilizzazione più efficace dello spettro, da un lato, amplia la possibilità del *spectrum trading*; dall'altro, assegna agli Stati membri poteri per evitare l'accumulo di frequenze, in funzione di sfruttamento efficace dei diritti d'uso (33).

Il nuovo regime è dunque caratterizzato dalla progressiva affermazione del principio di neutralità dei servizi e dalla libertà di scambi tra privati, con l'obiettivo di fondo di ricondurre l'uso delle frequenze radio alla procedura di autorizzazione generale.

Tuttavia, la previsione della concessione di diritti individuali d'uso in presenza di presupposti definiti in modo particolarmente ampio e di difficile determinazione - su tutti, «un utilizzo efficiente dello spettro», o «altri obiettivi di interesse generale definiti dagli Stati membri» pur se conformemente alla normativa comunitaria - rischia di invertire il rapporto tra principio generale (neutralità e regime di autorizzazione) ed eccezione (propensione per una tipologia di operatore nell'attribuzione dello spettro e regime concessorio). Di conseguenza, anche il processo di convergenza tecnologica, in funzione di parificazione dei regimi giuridici applicabili alla radiodiffusione televisiva e alla telefonia, passa inevitabilmente per decisioni degli Stati membri.

La separazione funzionale

In secondo luogo, la direttiva n. 140, nel modificare la direttiva 2002/19/Ce (direttiva accesso), prevede l'obbligo della separazione funzionale della rete di accesso dell'*incumbent*. Quest'ultimo, infatti, è un operatore verticalmente integrato, in quanto presente sul mercato all'ingrosso (come gestore della rete) e su quello al dettaglio (come fornitore del servizio). Di conseguenza, con tale misura - con la quale si conferiscono ad una unità commerciale (che opera in modo) indipendente tutte le attività connesse alla gestione della rete di accesso - si riproducono normali rapporti di mercato tra gli operatori concorrenti e l'impresa *ex monopolista*. La re-

golazione in questione, dunque, a differenza delle precedenti misure sullo spettro, volte prevalentemente all'apertura del mercato, tende a garantire (anche) la pluralità di operatori già nel mercato.

La disciplina introdotta nel 2009 contempla un'ipotesi di separazione obbligatoria e una volontaria. La separazione imposta è frutto di una scelta discrezionale dell'Anr, ma solo «a titolo di misura eccezionale» e dopo aver constatato il fallimento della precedente regolazione nel perseguimento dell'obiettivo concorrenziale. L'applicazione di tale obbligo si svolge sotto il controllo della Commissione, chiamata ad autorizzare la misura sulla base delle concrete condizioni di mercato (art. 13 *bis*).

Qualora la separazione sia frutto della libera decisione dell'operatore, l'autorità nazionale è tenuta a valutarne le conseguenze sui mercati, anche in vista dell'imposizione, del mantenimento, della modifica o della revoca di obblighi già imposti (art. 13 *ter*).

Potenzialmente, l'innovazione della separazione funzionale è suscettibile di attenuare la pressione regolatoria nei mercati dei servizi finali basati sullo sfruttamento delle infrastrutture in questione. L'introduzione di tale *remedy*, peraltro, non appare particolarmente rivoluzionaria, in quanto, da un lato, obblighi in linea con tale misura sono già stati adottati a livello nazionale, anche in forma negoziata, in vista di contenimento del potere di mercato degli *ex monopolisti* (34); dall'altro, la misura, diversamente dal progetto originario della Commissione, costituisce un rimedio «eccezionale», rimesso in definitiva all'ampia discrezionalità dell'Anr.

Le reti di nuova generazione

In terzo luogo, la realizzazione di un mercato unico

Note:

(33) Nel primo caso, si passa da una facoltà ad un tendenziale obbligo per gli Stati membri di introdurre il trasferimento o l'affitto di diritti individuali d'uso delle radiofrequenze tra imprese; spetta, però, alla Commissione l'adozione di opportune misure di attuazione al fine di individuare le bande per le quali i diritti d'uso delle radiofrequenze possono essere trasferiti o affittati tra imprese, ma «con esclusione delle frequenze usate per la diffusione radiotelevisiva» (art. 9 *ter*). La trasferibilità, inoltre, potrà essere esclusa a livello nazionale per quei diritti d'uso ottenuti inizialmente a titolo gratuito. Sul secondo aspetto, «gli Stati membri possono stabilire norme volte a impedire l'accumulo di frequenze, in particolare fissando scadenze rigorose per lo sfruttamento efficace dei diritti d'uso da parte del titolare dei diritti e applicando sanzioni, comprese le sanzioni pecuniarie o la revoca dei diritti d'uso in caso di mancato rispetto delle scadenze. Tali norme sono stabilite e applicate in modo proporzionato, trasparente non discriminatorio» (art. 9 *bis*, c. 7).

(34) M. Clarich e R. Cassano, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 31.

delle comunicazioni elettroniche passa inevitabilmente per la realizzazione di reti tecnologicamente avanzate (cd. *Next Generation Networks*). In questo caso, la regolazione annette rilievo diretto allo sviluppo tecnologico, in direzione di favorire e rendere effettiva, in prospettiva, la libera concorrenza e realizzare la società dell'informazione (35). Nel breve e nel medio periodo, però, è la regolazione a fare da padrona, sia in relazione alla realizzazione della rete, che in riferimento alla successiva gestione della stessa.

In tale dimensione, in attesa del varo dell'apposita raccomandazione sul tema, il nuovo pacchetto comunitario prevede che le Anr si attivino per la promozione di «investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio sostenuto dalle imprese di investimento e consentendo vari accordi di cooperazione tra gli investitori e le parti che richiedono accesso onde diversificare il rischio di investimento, assicurando nel contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato e del principio di non discriminazione» (art. 8, par. 5, lett. d).

Inoltre, anche le modifiche alla direttiva accesso (art. 13, par. 1) confermano le possibili deroghe al normale regime dell'accesso, «per incoraggiare gli investimenti effettuati dall'operatore anche nelle reti di prossima generazione». Di conseguenza, «le autorità nazionali di regolamentazione tengono conto degli investimenti effettuati dall'operatore e gli consentono un ragionevole margine di profitto sul capitale investito, di volume congruo, in considerazione di eventuali rischi specifici di un nuovo progetto particolare di investimento nella rete» (36). Il tema dell'accesso alla rete appare dunque in mutazione, in quanto l'oggetto non è la rete *tout court* dell'operatore storico, ma quella di nuova generazione.

In definitiva, da tale disciplina non si rinviene un'univoca soluzione a livello comunitario sulle reti Ngn, e spetterà alle Anr tentare di avviare (o assecondare) tale delicato processo, caratterizzato - è la principale conseguenza desumibile dalle norme comunitarie finora adottate - dalla dicotomia reti aperte (c.d. *network openness*) *versus* promozione degli investimenti.

Verso la società dell'informazione?

Un ultimo breve riferimento va fatto ad alcune innovazioni connesse allo sviluppo della «società dell'informazione».

Per un verso, la recente riforma comunitaria pare

muovere verso la creazione di un diritto (negativo) di accesso ad Internet (37). L'art. 1, comma 1, lett. b), primo periodo, della direttiva n. 140, prevede che «I provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario». La norma, a ben vedere, non introduce niente di nuovo, in quanto gli Stati sono già tenuti a rispettare i diritti fondamentali dalla Cedu e dal diritto comunitario. Di conseguenza, affinché tale disposizione abbia una concreta valenza, è necessario che gli atti adottati dalle autorità nazionali in materia di comunicazione elettronica (introduttori, ad esempio, limitazioni all'accesso ad internet) incidano su interessi privati rientranti nella sfera di azione dei diritti fondamentali (si pensi, ad esempio, alla libertà di manifestazione del pensiero, che contempla il diritto tanto ad informare che ad essere informati).

Diversa valutazione va fatta, invece, dei meccanismi procedurali contemplati dalla norma in questione. Il penultimo periodo dell'art. 1, comma 1, lett. b), pare introdurre elementi innovativi nella misura in cui prevede per tutti i procedimenti in materia di comunicazioni elettroniche, a prescindere dal fatto che questi incidano su diritti fondamentali, l'obbligo di istituire «una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate». La novità più rilevante di tale norma, dunque, risiede non tanto nell'obbligo di rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali anche nelle comunicazioni elettroniche, ma nella previsione volta a stabilire che qualunque restrizione all'accesso e all'uso dei

Note:

(35) La problematica, peraltro, è meno teorica di quanto si possa pensare. Infatti, la necessità di nuove infrastrutture con elevata capacità trasmissiva si lega anche alla (attuale) questione della «saturazione» degli spazi esistenti per la telefonia (mobile e fissa) e, conseguentemente, alla necessità di promuovere maggiormente il principio di neutralità tecnologica e una maggiore tutela degli utenti di *internet*. In ambito nazionale, su tali questioni si v. Agcom, *Relazione annuale 2010*, disponibile su www.agcom.it, 14 ss.

(36) In attesa del varo della raccomandazione, i criteri sui quali si dovrà fondare l'attività delle Anr si desumono dai considerando 55, 56 e 57 della direttiva n. 140.

(37) Si parla di «diritto di accesso ad internet», anche come contrappeso al diritto d'autore, in Agcom, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine conoscitiva*, disponibile su www.agcom.it, in particolare 7 ss.

servizi in tale ambito deve essere preceduta da una procedura a garanzia dell'utente.

Sotto altro, ma parzialmente connesso, profilo, bisogna fare un cenno al servizio universale, ossia alla regolazione finalizzata alla generalizzata fruizione delle prestazioni "essenziali" nelle comunicazioni elettroniche (ai pubblici poteri, in questo caso, si chiede *un fare*). Da tempo, il dibattito si divide tra chi propende per il superamento della disciplina in questione (tali servizi, si osserva, potrebbero essere garantiti dalle regole di mercato e una disciplina derogatoria, soprattutto di compensazione degli oneri finanziari, serve solo all'operatore dominante per ritardare la concorrenza) (38), e chi vorrebbe invece rilanciarla in vista della realizzazione di una effettiva società dell'informazione (garantendo con obblighi di universalità, principalmente, una connessione *internet* a banda larga).

La nuova disciplina comunitaria in materia (contenuta nell'apposita direttiva 2009/136/Ce) adotta una soluzione di compromesso, rinunciando ad operare un'armonizzazione tra le diverse normative nazionali. In generale, le modifiche introdotte sono funzionali all'ammodernamento della disciplina in materia. Da segnalare, tuttavia, il nuovo ambito di servizio universale, che ricomprende financo la connessione fissa, ad una rete di comunicazione pubblica, in grado di supportare le comunicazioni vocali, facsimile e dati a velocità di trasmissione «tali da consentire un accesso efficace a Internet, tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate

dalla maggioranza degli abbonati e della fattibilità tecnologica» (art. 4, comma 2, direttiva n. 136).

La valutazione sull'"efficacia" della connessione internet, ovviamente, è rinviata al livello nazionale (così come il connesso giudizio sulla "prevalenza" e "fattibilità"), concretantesi attualmente solo in limitatissimi casi nella connessione "veloce" (solo la Finlandia, dal luglio 2010, ha ricompreso la banda larga all'interno del servizio universale e nella medesima direzione si muovono Spagna e Regno Unito). Tale ampliamento dell'ambito del servizio universale rivela, dunque, molto poco sulle prospettive dell'istituto e, quindi, sul concreto sviluppo di una società europea dell'informazione.

Inoltre, rispetto alla proposta del 2006 della Commissione, scompare nella direttiva 2009/136/Ce la previsione sulla portabilità dei numeri tra rete fissa e mobile, che avrebbe, in qualche modo, canonizzato il principio della sostituibilità tra fisso e mobile, la cui (mancata) dimostrazione ha tanto impegnato il contenzioso sul servizio universale nell'ordinamento italiano (39).

Note:

(38) Sul carattere polisemico del servizio universale, strumento "*bon à tout faire*", S. Cassese, *La retorica del servizio universale*, in S. Frova (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999.

(39) Solo con riferimento all'esito finale di tale interminabile percorso giurisdizionale, si v. le sentenze (fotocopia) del Consiglio di Stato nn. 281, 243, 535 e 644 del 2010.