

GIANDONATO CAGGIANO

LA RIFORMA DEL REGIME DELLE RADIOFREQUENZE NEL QUADRO DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Definizione e natura giuridica del diritto d'uso delle frequenze. — 3. Base giuridica e quadro normativo-istituzionale. — 4. Competenze ed evoluzione dei mercati sottoposti a regolazione settoriale. — 5. Natura degli atti in materia e procedura di comitologia. — 6. Pianificazione strategica e armonizzazione. — 7. Il principio di neutralità tecnologica e dei servizi. — 8. I sistemi di autorizzazione generale e di concessione dei diritti d'uso. — 9. Trasferibilità dei diritti individuali e « cambiamento d'uso » delle frequenze per altri servizi. — 10. Il regime speciale delle frequenze per la radiodiffusione.

I. INTRODUZIONE.

La politica dello spettro radio è uno degli aspetti del mercato interno delle comunicazioni elettroniche in cui si registrano i maggiori cambiamenti dopo l'adozione della direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009 (in prosieguo: *direttiva legiferare meglio*)¹. La maggiore flessibilità tecnologica ed i risultati ottenuti dalle misure di regolazione sono alla base di questa parziale riforma, che accresce la liberalizzazione dei mercati, realizzata circa dieci anni fa per quanto riguarda l'accesso degli operatori alle reti e ai servizi di telecomunicazioni.

La decisione sullo spettro radio n. 676/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (in prosieguo: *decisione spettro radio*) riconosce l'interesse generale degli Stati membri nella gestione delle

¹ Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elet-

tronica, in *GUUE* L 337 del 18 dicembre 2009, p. 37. La direttiva è denominata « Legiferare meglio », in quanto segue il metodo dell'aggiornamento periodico della legislazione in vigore al progresso tecnico e all'evoluzione dei mercati. Sulle caratteristiche e i risultati dell'iniziativa « Legiferare meglio », v. COM(2009) 15 def., 28 gennaio 2009, Terzo esame strategico del programma per legiferare meglio nell'Unione europea.

radiofrequenze a tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali, in quanto contribuisce « alla libertà di espressione che comprende la libertà di opinione e la libertà di ottenere e trasmettere informazioni e idee senza distinzione di frontiere nonché la libertà dei mezzi di comunicazione di massa e il loro pluralismo »².

Nella definizione della *direttiva legiferare meglio*, le radiofrequenze sono « una risorsa pubblica molto limitata », che riveste un importante valore sociale, culturale ed economico³. Il nuovo regime è caratterizzato dalla libertà di scambi tra privati e dalla progressiva affermazione del principio di neutralità dei servizi, mentre ridefinisce responsabilità e funzioni degli Stati membri in un quadro di principi comuni europei e, se del caso, di armonizzazione normativa dell'utilizzazione di specifiche bande di frequenza.

Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione europea, le Amministrazioni e le Autorità di regolazione nazionale (in prosieguo: ARN) non partecipano « allo sfruttamento del bene costituito dai diritti d'uso dello spettro delle frequenze radio », ma esercitano esclusivamente un'attività di controllo e di regolamentazione⁴. In altre parole, il canone pagato dagli operatori per il diritto d'uso di una banda di frequenza non costituisce una forma di partecipazione dello Stato membro all'attività economica svolta dai privati. Tale ruolo non cambia neanche in occasione del trasferimento dei diritti d'uso tra privati.

Nel caso *Bouygues*, il Tribunale di prima istanza ha ribadito il valore economico delle licenze, che autorizzano l'esercizio di un'attività economica e rappresentano « titoli per l'occupazione o l'utilizzo del demanio pubblico corrispondente »⁵. L'ARN fissa l'importo dei canoni dovuti dagli operatori interessati, in considerazione del presumibile valore⁶. Agli Stati membri spetta, al con-

² Decisione n. 676/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa ad un quadro normativo per la politica in materia di spettro radio nella Comunità europea, in *GUCE* L 108 del 24 aprile 2002, p. 1, considerando 3.

³ V. considerando 24 e l'art. 8-bis della direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, cit.

⁴ V. sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007, causa C-284/04, *T-Mobile Austria GmbH e al. c. Austria*, in *Raccolta* 2007 p. I-5189, punti 44 ss. In senso contrario le Conclusioni dell'Avvocato generale KOKOTT, presentate il 7 settembre 2006. V. anche la parallela sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007, Causa C-369/04, *Hutchison 3G UK Ltd e al. c. Commissioners of Customs and Excise*, in

Raccolta, p. I-05247. Per un commento, v. O. OKEOGHENE, *Case C-369/04 Hutchison 3G UK Ltd and Others v. Commissioners of Customs and Excise and C-284/04, T-Mobile Austria GmbH and Other v. Republik Österreich, with annotation*, in *CMLR*, 2008, p. 1269 ss.; K. NIKIFARAVA, *La funzione di regolazione del mercato: conferme e nuove prospettive nell'ambito Iva*, in *Rass. Trib.*, 2007, p. 1613 ss.

⁵ V. sentenza del Tribunale 4 luglio 2007 causa T-475/04, *Bouygues c. Commissione*, in *Raccolta*, p. II-2097, punto 101. Il caso riguardava un ricorso contro una decisione della Commissione in materia di aiuti in relazione alla riduzione da parte dello Stato francese dei canoni fissati in un primo momento a due operatori UMTS.

⁶ V. *amplius infra*, paragrafi 8 e 9.

tempo, un ruolo di regolamentazione delle comunicazioni e un « ruolo di gestione del patrimonio pubblico costituito dallo spazio hertziano »⁷. La Corte di giustizia, confermando la correttezza di tali affermazioni, precisa che il valore delle licenze dipende dal momento dell'inizio dell'erogazione del servizio, vale a dire dalla concreta utilizzazione delle frequenze⁸.

2. DEFINIZIONE E NATURA GIURIDICA DEL DIRITTO D'USO DELLE FREQUENZE.

Le frequenze sono considerate dalla dottrina prevalente un bene di proprietà pubblica⁹. L'impostazione tradizionale considera lo spettro radio come una risorsa naturale, costituita da onde radioelettriche con diversa capacità fisica di propagazione, rappresentabile con metafore di tipo spazio-territoriale¹⁰. A seguito degli sviluppi tecnologici, appare invece preferibile porre la prospettiva dell'analisi giuridica piuttosto sull'attività di comunicazione elettronica « senza fili », che sulle bande di frequenza¹¹. Dopo la fine del periodo transitorio della riforma in parola, saranno soprattutto gli operatori a determinare quali e quante siano le bande

⁷ « L'esercizio di funzioni sovrane non esclude quindi che si possa tenere conto di elementi di ordine economico ai fini della gestione patrimoniale di una risorsa pubblica rara quali le radiofrequenze, che costituiscono lo spazio pubblico hertziano sul quale può concedersi un diritto di accesso o un diritto di uso » (*ibidem*, punto 104).

⁸ V. Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009, *Bouygues c. Commissionne*, causa C-431/07 P non ancora pubblicata in *Raccolta* punto 119. Secondo la Corte, la parità di trattamento degli operatori, prevista dalla normativa comunitaria, consentiva allo Stato francese un allineamento al minor canone fissato per il terzo operatore, che aveva richiesto successivamente una licenza. Alla motivazione della decisione contribuiscono in maniera determinante le circostanze che i primi due operatori assegnatari non avessero ancora iniziato a svolgere la loro attività e che, per le caratteristiche del bando, avrebbero potuto ancora rinunciare a svolgere l'attività o impugnare la fissazione del canone sulla base del diverso trattamento ottenuto dal terzo operatore.

⁹ Per una sintesi del contributo della dottrina italiana alla sistemazione del concetto di proprietà, v. G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Analisi economica del diritto e*

disciplina della proprietà. Materiali per una riflessione (disponibile on line), che costituisce l'introduzione dell'ampia e accurata opera antologica, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, 2 Vol., Roma, 2001, II ed. Per il dibattito dottrinale sui beni pubblici, v. V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo* - 2003, Milano, 2004, p. 3 ss.; G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, cit., p. 29 ss.; M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo: conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005; A. ROTA, *I beni demaniali dopo le riforme. Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Padova, 2007; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008; A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.

¹⁰ V. J.P. DE VRIES, *De-situating spectrum: Rethinking radio policy using non-spatial metaphors*, 2008 (<http://ssrn.com/abstract=1241342>).

¹¹ Per una ricostruzione generale, v. per tutti, V. ZENO ZENCOVICH, *Le frequenze elettromagnetiche fra diritto ed economia*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 713 ss.

di frequenze da utilizzare, nonché le caratteristiche delle apparecchiature di trasmissione e ricezione, per l'erogazione delle diverse tipologie di servizi senza interferenze dannose (principio di neutralità tecnologica e dei servizi). Il ruolo delle amministrazioni nazionali e dell'Unione si modifica in materia tramite l'ampliamento del ruolo di controllo e la riduzione delle funzioni di pianificazione e gestione.

Nell'evoluzione in corso, la natura giuridica del bene pubblico delle frequenze può essere oggi declinata, almeno in parte, nella variante dei « beni comuni » (*commons*)¹². Negli Stati Uniti, il diritto individuale d'uso di una banda di frequenza è definito come *property rights*, equivalenti a diritti esclusivi con gli obblighi previsti nella licenza d'uso (tecnologia, potenza, servizio, ambito di diffusione), distinti dall'*ownership* che resta pubblico¹³.

In alcune frequenze, un approccio secondo la teoria dei « beni comuni » consente un regime aperto di utilizzazione (senza licenza). A partire dalla celebre metafora della « tragedia dei *commons* », la dottrina ha esaminato le conseguenze negative di un regime di « accesso comune » alle risorse naturali (ad es. la pesca) e, nello specifico, il rischio di uno sfruttamento non coordinato delle frequenze. Tuttavia, l'analisi critica si è esercitata ugualmente nei confronti del regime in vigore di diritti esclusivi (*property rights*) per il rischio di conflitti o di congelamento per incapacità o mancanza di interesse da parte del titolare¹⁴. La riflessione sugli incentivi per un sistema ottimale è proseguita manifestando una preferenza per un regime misto delle frequenze¹⁵.

¹² A partire dal celebre contributo/metafora del biologo G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, p. 1243. Impressionante la vastità del dibattito in ambiti materiali diversi, tra i quali spec. E. OSTROM, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, 1990.

¹³ V.U.S. Code [Laws in effect as of Jan. 8, 2008], Title 47, Chapter 5, Subchapter III, Special Provisions Relating To Radio, Part I—General Provisions, Sec. 301, License for radio communication or transmission of energy: « It is the purpose of this chapter, among other things, to maintain the control of the United States over all the channels of radio transmission; and to provide for the use of such channels, but not the ownership thereof, by persons for limited periods of time, under licenses granted by Federal authority, and no such license shall be construed to create any right, beyond the terms, condi-

tions, and periods of the license », 47USC301, p. 106 (www.gpoaccess.gov).

¹⁴ V. M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard L. Rev.*, 1998, p. 622 ss.; E. BAFFI, *Gli « anti-commons » e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 455 ss.

¹⁵ Sulla configurazione dei *property rights*, v. il confronto di posizioni tra P.J. WEISER, D.N. HATFIELD, *Spectrum Policy Reform and the Next Frontier of Property Rights*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2007-2008, p. 549 ss. e T.W. HAZLETT *Law and Economics Approach to Spectrum Property Rights: A Response to P. Weiser and A Hatfield*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2007-2008, p. 975 ss. Sull'incremento del valore sociale tramite una dinamica di mercato, v. T.W. HAZLETT, R.E. MUNOZ, *A Welfare Analysis of Spectrum Allocation Policies*, in *George Mason Law & Economics Re-*

Di conseguenza, nella prassi degli anni '90, è entrato in crisi il modello tradizionale dell'assegnazione dei diritti individuali d'uso agli operatori, sulla base di una valutazione di idoneità allo svolgimento dell'attività da parte dell'Amministrazione (*command and controll*). In particolare, l'Autorità americana di regolazione (FCC) ha introdotto la prassi delle aste, riconoscendo la validità della celebre tesi del premio Nobel Coase, favorevole ad un mercato delle frequenze e sostenitore del concetto di impresa come « aggregazione di diritti proprietari »¹⁶.

3. BASE GIURIDICA E QUADRO NORMATIVO-ISTITUZIONALE.

La politica dello spettro radio non è prevista nei Trattati istitutivi, quale settore specifico di competenza materiale dell'Unione europea¹⁷. Tutte le misure adottate nel settore delle comunicazioni elettroniche hanno come base giuridica l'art. 114 TFUE (*ex art. 95 CE*) sul ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. In generale, la disciplina europea delle comunicazioni elettroniche tende

search Paper No. 06-28, 2008 (<http://ssrn.com/abstract=908717>). Sulle alternative concettuali offerte dalla dottrina di *law and economics*, v. anche K. WERBACH, *Supercommons: Toward a Unified Theory of Wireless Communication*, in *Tex. L. Rev.*, 2003-2004, p. 863 ss.; W.J. BAUMOL, D.L. ROBYN, *Policing the Spectrum Commons*, in *Fordham L. Rev.*, 2005-2006, p. 663 ss.; e, da ultimo, L.A. FENNEL, *Commons, Anticommons, Semicommons*, in K. AYOTTE, H.E. SMITH (ed.), *Research Handbook on the Economics of Property Law*, Northampton (MA), 2009 (<http://ssrn.com/abstract=1348267>) e bibliografia ivi citata. Tra i contributi italiani, v. L.F. MINERVINI, D. PIACENTINO, *Spectrum Management and Regulation: Towards A Full-Fledged Market for Spectrum Bands?*, Disse, Working Paper, 2007 (disponibile al unipv.it). Specificamente sulle frequenze, C. CABBINI, A. SASSANO, T. VALLETTI, *Le concessioni sullo spettro delle frequenze*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007. Per una ricostruzione che collega la riflessione sulle reti e sulle frequenze al dibattito sui beni pubblici, v. G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le « tragedie dell'interesse comune »*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta, ibidem*, p. 129 ss.

¹⁶ Per un'analisi del pensiero di Coase in dottrina si vedano T.W. HAZLETT, *Assigning Property Rights to Radio Spectrum Users: Why Did Fcc License Auctions Take 67 Years?*, in *The Journal of Law and Economics*, 1998; A. NICITA, R. PARDOLESI, *Il Nobel che fece l'impresa. Coase e il governo delle regole incomplete*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008, p. 427 ss. Secondo gli autori, nel confronto tra i contributi di Coase del 1937 e del 1960, si rileva una visione dell'impresa come aggregatore di diritti proprietari incompleti che incide sulla teoria dell'impresa e, più in generale, sulla regolazione delle attività delle imprese sul mercato. Per un'analisi dell'impatto della teoria di Coase, v. da ultimo T. W. HAZLETT, D. PORTER, V. SMITH, *Radio Spectrum and the Disruptive Clarity of Ronald Coase*, in *Markets, Firms, and Property Rights: A Celebration of the Research of Ronald Coase*, University of Chicago Law School, December 4-5, 2009 (<http://www.iep.gmu.edu/documents/Draft.TWH.11.9.23.Z.pdf>).

¹⁷ Basi giuridiche degli atti in materia di comunicazioni elettroniche possono ritrovarsi negli articoli 81 e 82 CE (concorrenza); 47 e 55 CE (diritto di stabilimento e servizi) CE; da 163 a 172 CE (ricerca e sviluppo); 157 CE (competitività dell'industria); 154, 155 e 156 CE (reti transeuropee, TEN).

alla creazione di uno « spazio unico dell'informazione »¹⁸ e può essere considerato un aspetto della circolazione della conoscenza e dell'innovazione, per cui è invalso l'uso metaforico dell'espressione « quinta libertà » del mercato¹⁹.

L'esercizio di tale competenza può richiedere sia un coordinamento nella pianificazione strategica (allocazione), che un'armonizzazione di specifiche bande di frequenza (assegnazione) oppure dei principi e delle modalità di accesso alla loro concreta utilizzazione da parte degli operatori (attribuzione). Nelle relazioni esterne, la politica comune si realizza in occasione della pianificazione internazionale e del coordinamento internazionale (Conferenze mondiali sulle radiocomunicazioni dell'UIT) e regionale europeo (CEPT)²⁰.

Una disciplina della comunicazione senza fili si è affermata già agli inizi degli anni '90, sia per lo sviluppo di « servizi paneuropei », sia per lo sviluppo di un mercato europeo delle apparecchiature necessarie, incluso il reciproco riconoscimento della loro conformità²¹. Nell'evoluzione della materia, le prime misure adottate dal Consiglio²² hanno assunto natura legislativa in relazione alla pianificazione e armonizzazione di frequenze per servizi di comunicazione disponibili su tutto il territorio europeo²³, quali i servizi GSM²⁴, Hermes²⁵ e

¹⁸ *Direttiva legiferare meglio*, considerando 3.

¹⁹ V. doc. 10410/08, del 12-13 giugno 2008, Conclusioni del Consiglio, Riesame intermedio dell'iniziativa i2010. Sui risultati, v. COM(2009) 390 definitivo, 4 agosto 2009, Relazione sulla competitività digitale in Europa, Principali risultati della strategia i2010 nel periodo 2005-2009. La priorità strategica presente anche nella prospettiva della fase successiva alla strategia di Lisbona, denominata UE 2020, v. COM(2009) 647 definitivo, 24 novembre 2009, Documento di lavoro della Commissione consultazione sulla futura strategia « UE 2020 ».

²⁰ Ne deriva anche una competenza comunitaria nelle relazioni esterne e la rappresentanza in seno a tutti gli organismi e alle conferenze internazionali competenti (UIT), v. considerando 19 della decisione radio.

²¹ V. direttiva 91/263/CEE del Consiglio, del 29 aprile 1991, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle apparecchiature terminali di telecomunicazione, incluso il reciproco riconoscimento della loro conformità, in *GUCE* L 128 del 23 maggio 1991, p. 1. Per il quadro aggiornato dell'attività di normalizzazione, v. Rettifica della comunicazione della Commissione nell'ambito dell'applicazione della direttiva 1999/5/CE del Par-

lamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 1999, riguardante le apparecchiature radio e le apparecchiature terminali di telecomunicazione e il reciproco riconoscimento della loro conformità, in *GUUE* C 303 del 15 dicembre 2009, p. 35.

²² V. raccomandazione 91/288/CEE del Consiglio, del 3 giugno 1991, sull'introduzione coordinata nella Comunità delle telecomunicazioni numeriche europee senza filo, in *GUCE* L 144 dell'8 giugno 1991, p. 47.

²³ V. risoluzione del Consiglio, del 28 giugno 1990, sul rafforzamento della cooperazione a livello europeo in materia di radiofrequenze, in particolare per quanto concerne i servizi a dimensione paneuropea, in *GUCE* C 166 del 7 luglio 1990, p. 4.

²⁴ V. direttiva 87/372/CEE del Consiglio, del 25 giugno 1987 e risoluzione del Consiglio, del 14 dicembre 1990, sulla fase finale dell'attuazione dell'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiofonia mobile terrestre nella Comunità (GSM), in *GUCE* C 329 del 31 dicembre 1990 p. 25.

²⁵ La direttiva è stata abrogata perché l'utilizzo di tale sistema è stato sostituito da altre tecnologie quali i servizi di messaggi brevi (SMS), v. Direttiva 2005/82/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2005 che abroga la direttiva 90/544/CEE del Consiglio sulle bande di

Dect²⁶. Successivamente, si sono sviluppati l'armonizzazione del sistema dell'interconnessione delle reti²⁷ ed un approccio coordinato di autorizzazione nel settore dei servizi di comunicazioni personali via satellite²⁸.

4. COMPETENZE ED EVOLUZIONE DEI MERCATI SOTTOPOSTI A REGOLAZIONE SETTORIALE.

L'utilizzazione delle radiofrequenze per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica solleva aspetti relativi al diritto della concorrenza e alla regolazione settoriale²⁹.

Sulla base dell'art. 90, n. 3 TCE (ora 106 TFUE), l'abolizione di diritti speciali o esclusivi accordati dagli Stati membri per fornire servizi di telecomunicazioni era stata estesa ai servizi di comunicazioni mobili³⁰. La direttiva « concorrenza »³¹ conferma il divieto degli Stati membri di accordare o mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l'installazione e/o la fornitura di reti o per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica.

frequenza designate per l'introduzione coordinata nella Comunità del servizio pubblico paneuropeo di radioavviso terrestre, in *GUUE* L 344, del 27 dicembre 2005, p. 38.

²⁶ V. direttiva del Consiglio 91/287/CEE, del 3 giugno 1991, sulla banda di frequenza da assegnare per l'introduzione coordinata nella Comunità di un sistema digitale di telecomunicazione senza filo (DECT), in *GUCE* L 144 del 8 giugno 1991, p. 45.

²⁷ V. direttiva del Consiglio 90/387/CEE, del 28 giugno 1990, sull'istituzione del mercato interno per servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provisions — ONP), in *GUCE* L 192 del 24 luglio 1990.

²⁸ V. decisione 710/97/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 1997, su un approccio coordinato di autorizzazione nel settore dei servizi di comunicazioni personali via satellite nella Comunità, in *GUCE* L 105 del 23 aprile 1997, p. 4, modificata dalla decisione 1215/2000/CE, in *GUCE* L 139 del 10 giugno 2000, p. 1.

²⁹ Per la dottrina più recente, v. M. BURRI NENOVA, *EC electronic communications and competition law*, London, 2007; R. KLOTZ, *Competition law enforcement in Regulated Sectors (Telecommunications and Energy)*, in HIRSCH/MONTAG/SÄCKER (eds.), *Competition Law: European Com-*

munity Practice and Procedure, London, 2008, p. 1327 ss.; M. STOYANOVA, *Competition problems in liberalized telecommunication: regulatory solutions to promote effective competition*, Alphen/Rijn, 2008; V.C. KOENIG, A. BARTOSCH, M. ROMES, J.-D. BRAUN, *EC competition and telecommunication law*, Alphen/Rijn, 2009, II ed.; W. MÖSCHEL, *The future regulatory framework for telecommunication: general competition law instead of sector-specific regulation — a German perspective*, in *European business organization law review*, 2009, p. 149 ss.

³⁰ V. direttiva della Commissione 96/2/CE, del 16 gennaio 1996, che modifica la direttiva 90/388/CEE in relazione alle comunicazioni mobili e personali, in *GUCE* L 20 del 26 gennaio 1996, p. 59. Gli artt. 3-bis e 3-quater prevedevano, tra l'altro, il divieto di indicare, tra le condizioni per la concessione di licenze, limitazioni all'offerta di « tecnologie differenti che si avvalgono di frequenze distinte qualora siano disponibili apparecchiature multistandard », nonché la rimozione di ogni restrizione in relazione all'installazione della infrastruttura, all'impiego delle infrastrutture fornite da terzi e all'uso in comune dell'infrastruttura.

³¹ V. direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, in *GUCE* L 249 del 17 settembre 2002, p. 21 (in prosieguo: la direttiva « concorrenza »).

In linea generale, la direttiva «quadro» prevede che le ARN promuovano e vigilino sulla concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, in particolare sull'impresa che disponga di un «significativo potere di mercato»³², sino al momento in cui non sia applicabile esclusivamente il diritto della concorrenza. L'obiettivo è ridurre progressivamente le regole settoriali *ex ante* a seguito dell'evoluzione delle condizioni della concorrenza sui mercati in parola. L'effettiva creazione delle condizioni di concorrenza nei mercati delle comunicazioni mobili sarà raggiunta allorché cesserà la necessità di misure di regolazione, anche nel settore specifico delle radiofrequenze³³, cioè quando saranno del tutto eliminati i «colli di bottiglia» dei mercati grazie all'attività delle ARN. A riguardo, l'ARN, qualora accerti che un mercato non sia effettivamente concorrenziale, individua le imprese in oggetto, imponendo appropriati e specifici obblighi regolatori, ovvero mantenendo in vigore o modificando eventuali obblighi già esistenti³⁴.

Sul piano dell'equilibrio istituzionale, appare discutibile che per finalità di applicazione uniforme dei principi della regolazione, la Commissione abbia adottato strumenti di *soft law* per conseguire un risultato sostanziale equivalente a quello raggiungibile solo tramite armonizzazione (vincolante). Infatti, com'è noto, la Commissione ha emanato la Raccomandazione n. 2003/311/CE avente ad oggetto i mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nel settore delle comunicazioni elettroniche, le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione *ex ante*, anche se non è esclusa l'individuazione con apposite procedure di ulteriori mercati meritevoli di regolazione *ad hoc*. La «procedura dell'articolo 7» per l'applicazione delle misure correttive ha permesso di migliorare la coerenza nella definizione dei mercati e nell'adozione di misure da parte delle ANR per bilanciare in maniera simmetrica il «significativo potere di mercato» di gestori delle reti, ivi comprese quelle mobili³⁵. In linea di principio, ciascun

³² Se l'impresa in oggetto, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante, ovvero di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti ed, in ultima analisi, dai consumatori, v. Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in *GUCE* C 165 dell'11 luglio 2002, p. 6.

³³ Per un'analisi della situazione dei mercati, v. COM(2009) 140 def., 24 marzo

2009, Relazione sui mercati europei delle comunicazioni elettroniche 2008 (Quattordicesima relazione).

³⁴ I. CHIEFFI, *Competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche*, in *RIDPC*, 2004, p. 457 ss.

³⁵ Dal 2002, la Commissione ha esercitato il suo potere di veto solo in cinque casi ma in altri quaranta le ARN hanno ritirato le misure proposte per evitare una decisione di veto, v. MEMO/09/539, 7 December 2009, EU Telecoms: the Article 7 procedure, the role of the European Commission

operatore gode di una posizione di monopolio per la terminazione delle chiamate nella sua rete³⁶.

La Commissione nella Raccomandazione 2007/879/CE ha provveduto alla riduzione dei mercati sottoposti a regolazione. Vi rientrano ancora la « terminazione delle chiamate vocali » (nuovo mercato 7)³⁷, ma è stato eliminato il mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali, previsto precedentemente (mercato 18), che non è più soggetto all'intervento *ex ante* da parte dei regolatori nazionali³⁸. Anche il mercato nazionale all'ingrosso dei servizi internazionali di *roaming* per le reti telefoniche mobili (*ex* mercato n. 17) è stato eliminato, perché si è ritenuta più efficace l'adozione di un regolamento per le tariffe massime di *roaming* vocale intracomunitario (eurotariffa GSM)³⁹ e per la fornitura di servizi di SMS e dati⁴⁰.

and the impact of the EU Telecoms Reform: Frequently Asked Question.

³⁶ Nello stesso periodo, la Commissione ha ricevuto e formulato « commenti » su circa cento misure di regolazione nel mercato della terminazione di chiamata, *ibidem*.

³⁷ Raccomandazione 2007/879/CE della Commissione, del 17 dicembre 2007, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, Allegato A, in *GUUE* L 344 del 28 dicembre 2007, p. 65. Per l'analisi di risultati raggiunti, v. COM(2007) 401 def., dell'11 luglio 2007 sull'analisi dei mercati a norma del quadro normativo comunitario (Seconda relazione). Nei mercati delle terminazioni delle chiamate fisse e mobili la Commissione ha insistito sulla necessità di pervenire, di norma, a tariffe di terminazione simmetriche, basate sui costi sostenuti da un operatore efficiente. Mentre i mercati all'ingrosso dell'accesso e della raccolta delle chiamate di telefonia mobile resta da verificare lo sviluppo congruo della concorrenza per gli accordi con operatori di reti mobili virtuali (MVNO).

³⁸ V. raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* cit. Vale la pena di ricordare che il diritto antitrust distingue i « mercati rilevanti » nel settore radiotelevisivo, di-

stinguendo fra pay-tv e televisioni non a pagamento, v. a proposito di concentrazioni nel settore, ad es., le decisioni della Commissione 21 marzo 2000, caso COMP/JV. 37, BSKYB/Kirch Pay TV e 2 aprile 2003, caso COMP/M. 2876, Newscorp/Telepiù.

³⁹ Regolamento (CE) n. 717/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2007 relativo al roaming sulle reti pubbliche di telefonia mobile all'interno della Comunità e che modifica la direttiva 2002/21/CE, in *GUUE* L 171 del 29 giugno 2007, p. 32. Tale regolamento modifica la direttiva 2002/21/CE introducendo un nuovo paragrafo (art. 1, par. 5). L'introduzione di un'eurotariffa è stata ritenuta necessaria in quanto le autorità nazionali di regolamentazione non avrebbero strumenti sufficienti sui prezzi dei servizi di roaming intracomunitario. Sulla sua applicazione, v. COM(2008) 579 def., del 23 settembre 2008. Sulla legittimità del fondamento normativo, v. Conclusioni dell'Avvocato Generale, M. Poireres Maduro presentate il 1° ottobre 2009, Causa C-58/08 *Vodafone Ltd et al. c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, non ancora in *Raccolta*.

⁴⁰ Sull'estensione della sua validità temporale e dell'ambito di applicazione, v. Regolamento (CE) n. 544/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che modifica il regolamento (CE) n. 717/2007 relativo al *roaming* sulle reti mobili pubbliche all'interno della Comunità e la direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, in *GUUE* L 167 del 29 giugno 2009, p. 12.

La riforma rafforza la « procedura dell'art. 7 » e conferisce alla Commissione la facoltà di adottare misure di esecuzione che definiscono la forma, il contenuto e il livello di dettaglio delle notifiche dei rimedi tramite la procedura di « regolamentazione con controllo » per modifiche di elementi non essenziali⁴¹. La Commissione eserciterà il potere di supervisionare le misure proposte dalle ANR sulla base dei pareri dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). Le nuove regole consentono alla Commissione di adottare ulteriori misure in forma di raccomandazione o decisioni se le divergenze negli approcci regolatori delle ANR persistano anche nel medio termine.

5. NATURA DEGLI ATTI IN MATERIA E PROCEDURA DI COMITOLOGIA.

La disciplina sulle radiofrequenze è oggetto specifico della direttiva « quadro »⁴², della direttiva « autorizzazioni »⁴³ e della « deci-

⁴¹ 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, in *GUUE* L 337 del 18 dicembre 2009, p. 1. Il nuovo organismo si sostituisce al Gruppo dei regolatori europei (GRE), ente consultivo indipendente istituito dalla Commissione che aveva proposto l'istituzione dell'« Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche »: esso si avvale delle competenze delle autorità nazionali di regolamentazione ed ha il compito di facilitare anche il coordinamento dell'approccio in materia di spettro tra gli Stati membri.

⁴² Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), in *GUCE* L 108 del 24 aprile 2002, p. 33. Più specificamente, si tratta delle seguenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, adottate il 7 marzo 2002 e pubblicate in *GUCE* L 108 del 24 aprile 2002: direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro); direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso); direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autoriz-

zazioni); direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale).

⁴³ In dottrina v. F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003; W. MAXWELL (a cura di), *Electronic Communications: The New EU Framework*, New York, 2002; M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, p. 511 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, *ibidem*, p. 561 ss.; P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law*, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market, Oxford-NewYork, 2004; F. DONATI, *L'accesso alle reti e ai contenuti*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, p. 76 ss.; A. DE STREEL, *Current and future European regulation of electronic communications: A critical assessment*, in *Telecommunications Policy*, 2008, p. 722 ss.; G. DE MINICO, *The 2002 EC Directives Telecommunications: Regime up to the 2008 ongoing revision — Have the goals been reached?*, in

sione sullo spettro radio»⁴⁴. La direttiva «quadro» afferma la competenza degli Stati membri per la gestione nazionale delle singole bande di frequenza, nell'ambito del coordinamento internazionale UIT, e l'assegnazione dei diritti d'uso agli operatori. È prevista un'armonizzazione minimale di principi e procedure comuni dell'attività regolatoria degli Stati membri, in applicazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità, considerati gli effetti transnazionali dei servizi di comunicazione ed il valore aggiunto dell'azione comune. La politica comunitaria include una attività di raccolta e informazione sull'uso delle frequenze nei singoli Stati membri⁴⁵.

Per quanto riguarda il rango della normativa in materia, la *decisione spettro radio*⁴⁶ (non modificata dalla *direttiva legiferare meglio*) prevede, da un lato, l'adozione di atti legislativi di carattere non *self-executing* da parte del Consiglio e del Parlamento; dall'altro, misure esecutive di carattere tecnico tramite comitologia (Cocom). Restano comunque escluse da quest'ultimo ambito di applicazione le procedure di assegnazione dei titoli abilitativi (misure non-tecniche), che richiedono sempre atti di armonizzazione legislativa.

Secondo la *decisione spettro radio*, la Commissione dovrebbe riferire ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio in merito ai risultati ottenuti e proporre atti normativi⁴⁷. Nella prassi si è preferito un sistema di informazione puntuale sulle singole questioni. Anche al di fuori delle proposte legislative, le varie comunicazioni presentate dalla Commissione hanno consentito al Parlamento europeo e al Consiglio di prendere posizione sull'evoluzione norma-

EBLR, 2008, p. 657 ss.; G.L. TOSATO *L'evoluzione della disciplina comunitaria sulle comunicazioni elettroniche*, in *DUE*, 2009, p. 169 ss.

⁴⁴ Decisione n. 676/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, cit.

⁴⁵ Il sistema di informazione sulle frequenze EFIS istituito dall'Ufficio europeo delle radiocomunicazioni (ERO) mette a disposizione del pubblico, attraverso Internet, le informazioni che ciascuno Stato membro è tenuto a fornire sull'uso dello spettro radio sul loro territorio per ogni banda di frequenza: l'attribuzione delle frequenze ai servizi radio, le applicazioni, le specifiche tecniche delle interfacce radio, i diritti d'uso individuali (identità del titolare, data di scadenza o durata prevista; validità geografica) <http://www.efis.dk/>, v. Decisione della Commissione (2007/344/CE) del 16 maggio 2007 relativa all'armonizzazione delle informazioni sull'uso dello spettro radio

pubblicate nella Comunità, in *GUUE* L 129, del 17 maggio 2007, p. 67. Per l'Italia, il Piano Nazionale Ripartizione delle Frequenze concerne le bande di frequenze comprese tra 0 e 1000 GHz (Appendice con le canalizzazioni per il servizio fisso), v. DM 13 novembre 2008, in *GURI* n. 273 del 21 novembre 2008 - Suppl. Ordinario n. 255.

⁴⁶ Decisione n. 676/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa ad un quadro normativo per la politica in materia di spettro radio nella Comunità europea.

⁴⁷ V. COM/2004/0507 def., Prima relazione annuale sulla Politica dello spettro radio: Stato di attuazione e prospettive; COM(2005)411 def., Spettro Radio: una Politica Strategica per l'Unione Europea - Secondo Rapporto Annuale; P6_TA(2007)0041, Spettro radio, Risoluzione del Parlamento europeo: Verso una politica europea in materia di spettro radio (2006/2212(INI)).

tiva della materia. Gli Stati membri partecipano attivamente al processo decisionale non solo tramite la procedura di comitologia di regolamentazione (Cocom) ma anche all'interno di un organo di consulenza strategica (GRSP)⁴⁸, cui partecipano rappresentanti delle Amministrazioni e delle ARN.

Quando l'armonizzazione di un servizio su una banda di frequenza ha assunto carattere legislativo, le modifiche o l'annullamento hanno richiesto l'adozione di atti legislativi per la necessità di procedere con atti di pari rango⁴⁹. Ad esempio, la direttiva GSM è stata di recente modificata da una direttiva del Parlamento e del Consiglio che permette ai servizi che adottano le tecnologie di terza generazione (IMT) di coesistere con i servizi GSM nelle medesime frequenze. In occasione della modifica della direttiva in parola si è posta la questione del rango delle misure normative necessarie. Di fronte alla posizione negativa del Parlamento europeo⁵⁰, la proposta di prevedere una decisione della Commissione di deroga all'atto in vigore (senza formale abrogazione), è stata trasformata in una procedura di co-decisione legislativa.

In materia di spettro radio, la Commissione disporrà del potere di adottare atti delegati, per completare o modificare elementi « non essenziali » (attuale procedura di regolamentazione con controllo), e misure tecniche esecutive con la « procedura di regolamentazione »⁵¹.

⁴⁸ Decisione della Commissione (2002/622/CE) del 26 luglio 2002 che istituisce il gruppo « Politica dello spettro radio », in *GUCE* L 198 del 27 luglio 2002; Decisione della Commissione (2002/627/CE) del 29 luglio 2002 che istituisce il gruppo dei « Regolatori europei per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica » in *GUCE* L 200 del 30 luglio 2002. V. ora Decisione della Commissione del 16 dicembre 2009 che modifica la decisione 2002/622/CE che istituisce il gruppo « Politica dello spettro radio », in *GUUE* L 336 del 18 dicembre 2009, p. 50.

⁴⁹ Sono state eliminate le restrizioni in materia di spettro radio per i servizi senza fili avanzati, consentendo l'utilizzazione delle frequenze radio utilizzate dal GSM per le comunicazioni di terza generazione (3G), v. direttiva 2009/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, recante modifica della direttiva 87/372/CEE del Consiglio sulle bande di frequenza da assegnare per l'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiotelefonía mobile terrestre nella Comunità, in *GUUE* L 274 del 20 ottobre 2009, p. 25. Per l'attuazione della suddetta direttiva, la Commissione ha adottato una decisione in cui ven-

gono stabilite le misure tecniche per consentire la coesistenza del sistema GSM e dei sistemi UMTS sulle medesime frequenze GSM, v. Decisione 2009/766/CE della Commissione, del 16 ottobre 2009, relativa all'armonizzazione delle bande di frequenze 900 MHz e 1800 MHz per i sistemi terrestri in grado di fornire servizi di comunicazioni elettroniche paneuropee nella Comunità, in *GUUE* L 274 del 20 ottobre 2009, p. 32 ss.

⁵⁰ V. motivazione del Parlamento europeo del 27 aprile 2009, A6-0276/2009, Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 87/372/CEE del Consiglio sulle bande di frequenza da assegnare per l'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiotelefonía mobile terrestre nella Comunità, Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia, Relatrice F. Pleguezuelos Aguilar.

⁵¹ Sulla questione generale, v. il nostro lavoro, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in questa *Rivista*, 2006, p. 505 ss. Per quanto riguarda gli atti esecutivi, il principio della divisione delle competenze è ora espresso

Una procedura comunitaria centralizzata è stata adottata per l'istituzione di un servizio paneuropeo e la selezione degli operatori autorizzati ad erogare un servizio ricevibile in ciascuno Stato membro. La circostanza che le radiofrequenze sono una risorsa scarsa ha portato all'asta dei diritti d'uso delle frequenze, dal momento che solo un numero limitato di reti può essere contemporaneamente gestito per un determinato servizio. Si tratta della banda di frequenza per l'erogazione dei servizi mobili via satellite (MSS) armonizzata dalla decisione 2007/98/CE della Commissione⁵². Tale gara è stata gestita dalla Commissione, che ha selezionato due operatori con l'assegnazione di due sottobande contigue⁵³. Proprio la modifica della direttiva « autorizzazioni », che consente una procedura di selezione comune, faciliterà l'autorizzazione dei servizi paneuropei via satellite, che rappresentano uno degli obiettivi della politica spaziale europea.

6. PIANIFICAZIONE STRATEGICA E ARMONIZZAZIONE.

L'utilizzazione ottimale delle radiofrequenze postula pianificazioni tecniche a livello mondiale ed uno stretto coordinamento nell'ambito dell'Unione europea, secondo i principi di gestione efficiente e flessibile⁵⁴.

In sede internazionale (ITU), si svolge la pianificazione strategica per l'« allocazione » delle frequenze nelle tre Regioni in cui è diviso lo spazio elettromagnetico, secondo modalità di utilizzazione esclusiva, o condivisa su base primaria e secondaria, da parte delle diverse tipologie di servizi. Dalle norme internazionali discendono piani nazionali di coordinamento delle frequenze con

molto chiaramente nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In linea di principio, gli Stati membri adottano le misure di esecuzione e solo quando occorra garantire una maggiore omogeneità all'applicazione del diritto derivato vengono conferiti poteri di esecuzione alla Commissione. Poiché la Commissione esercita un potere attribuito in linea di principio agli Stati membri, è previsto che venga affiancato da Comitati di rappresentanti. Le regole della comitologia esprimono in questo modo la dinamica istituzionale tra gli Stati membri, titolari del diritto di attuazione nei loro ordinamenti e la Commissione. Il legislatore comunitario può delegare ampi poteri alla Commissione per l'emanazione di norme di applicazione degli elementi essenziali dell'atto di base. L'aggettivo « delegato » viene aggiunto nel Titolo dell'atto, consentendo una immediata identificazione della natura dell'atto. Ciascuno dei

due organi legislativi ha il potere di sospensione dell'entrata in vigore o di avocazione della delega.

⁵² Si tratta più precisamente delle bande 1980-2010 (Terra-spazio) e 2170-2200 MHz (spazio-Terra) v. Decisione 2007/98/CE della Commissione, del 14 febbraio 2007 sull'uso armonizzato dello spettro radio nella banda di frequenze 2 GHz per la realizzazione di sistemi che forniscono servizi mobili via satellite, in *GUUE* L 43 del 15 febbraio 2007, p. 32 e in *GUUE* L 219M del 24 agosto 2007, p. 216 (MT).

⁵³ Decisione 2009/449/CE della Commissione, del 13 maggio 2009, relativa alla selezione degli operatori di sistemi paneuropei che forniscono servizi mobili via satellite (MSS), in *GUUE* L 149 del 12 giugno 2009, p. 65.

⁵⁴ Il principio della gestione efficiente è enunciato all'articolo 9 della direttiva « quadro ».

gli Stati vicini e della medesima area geografico-continentale, soprattutto (ma non solo) per l'inevitabile debordamento (*spill over*) delle aree confinanti.

Nel quadro dell'allocazione delle frequenze disponibili nella Regione I (Europa, Africa, Medio Oriente), la pianificazione strategica e l'armonizzazione d'uso possono richiedere decisioni integrative, di carattere tecnico e non vincolante, da parte dell'Organizzazione regionale europea *ad hoc* (CEPT)⁵⁵. Le misure assunte in questa sede possono a loro volta essere trasformate, se del caso, in decisioni vincolanti per gli Stati membri dell'Unione europea.

Secondo la *direttiva legiferare meglio*, anche se la gestione dello spettro radio resta di competenza degli Stati membri, solo il coordinamento della pianificazione strategica (art. 8-*bis*) e, se del caso, l'armonizzazione a livello comunitario (art. 9 modificato) possono garantire la realizzazione del mercato interno (considerando 28). Programmi strategici legislativi pluriennali in materia di spettro radio dovranno stabilire gli orientamenti e gli obiettivi per la pianificazione strategica e l'armonizzazione dell'uso dello spettro radio nella Comunità.

Una nuova norma (art. 8-*bis*) statuisce che gli Stati membri « cooperano fra loro e con la Commissione » nella pianificazione strategica e nell'armonizzazione dell'uso dello spettro radio. Fondamentale per la realizzazione degli obiettivi e per l'equilibrio della divisione verticale dei poteri è il rispetto dell'obbligo di leale cooperazione tra Stati membri e tra Stati membri e la Commissione. Si tratta di una formulazione, che riflette la preoccupazione politica degli Stati membri, espressa in sede di Consiglio dei ministri⁵⁶, di una sostanziale delegificazione alla Commissione dei poteri in materia. Secondo la formula adottata, sono gli Stati membri, « cooperando tra loro e con la Commissione », che promuovono il coordinamento delle politiche in materia di spettro radio e, ove opportuno, l'instaurazione di condizioni armonizzate sulla disponibilità e l'uso efficiente dello spettro radio (art. 8, par. 2). Si tratta di un « coordinamento tra Stati » in cui la Commissione rappresenta l'interesse comune soprattutto nelle relazioni esterne. L'esercizio delle competenze in materia di spettro radio deve prendere « in considerazione » gli aspetti inerenti alla sicurezza, alla salute, all'interesse pubblico, alla libertà di espressione, culturali, scientifici, sociali e tecnici delle politiche dell'Unione europea, come pure i vari interessi delle comunità di utenti.

⁵⁵ La Conferenza Europea delle Amministrazioni delle Poste e delle Telecomunicazioni (CEPT) opera nel settore, tramite il comitato Electronic Communications Committee (EEC).

⁵⁶ Consiglio 10334/086 giugno 2008 (Punto IV. Principali questioni da discutere ulteriormente: i. Spettro radio).

La gestione delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica (art. 9 modificato) spetta agli Stati membri, che garantiscono che l'autorizzazione generale o la concessione di diritti d'uso, da parte delle autorità nazionali competenti, siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

7. IL PRINCIPIO DI NEUTRALITÀ TECNOLOGICA E DEI SERVIZI.

Com'è noto, la convergenza digitale di informatica, telecomunicazioni e radiodiffusione consente l'erogazione della medesima tipologia di servizi tramite sistemi o « piattaforme » tecniche diverse, tramite la televisione digitale terrestre, satellitare, mobile o su web/IP e l'applicazione dei servizi mobili di terza generazione (IMT) e quarta generazione (LTE). È evidente che la possibilità di erogare pacchetti di servizi, su piattaforme diverse da parte dei medesimi operatori, postula un sistema giuridico unitario.

Il panorama tecnologico presenta aspetti rilevanti anche sul piano giuridico: in primo luogo, la convergenza dei servizi di televisione digitale terrestre e servizi telefonici mobili verso la possibile condivisione di alcune bande di frequenze (dividendo digitale); in secondo luogo, lo sviluppo di alcuni servizi sulla base di sistemi non proprietari idonei all'interoperabilità (GSM, WiFi e WiMax)⁵⁷ e di altri di tipo brevettuale (Umts); infine, il superamento della distinzione tra servizi della società dell'informazione (comunicazioni punto-a-punto) e della radiodiffusione (circolare punto-multipunto) nel regime dei servizi lineari (*on demand*) e dei media basati sul contributo del consumatore (*consumer centric*)⁵⁸.

A seguito della convergenza tecnologica si realizza anche una convergenza dei regimi giuridici applicabili alle reti fisse e mobili che, utilizzando impulsi elettromagnetici a fini di comunicazione, rientrano nella definizione unitaria di « rete di comunicazione elettronica ».

In questo fenomeno di convergenza dei relativi regimi giuridici, la parziale autonomia delle « comunicazioni senza fili » resta ancorata alla questione delle possibili interferenze dannose tra operatori. Tale questione ha portato sinora ad « allocare » le bande di

⁵⁷ Il sistema GSM opera sulla base di standardizzazione e non-brevettabilità dei protocolli. Wi-Fi e WiMax seguono uno sviluppo di sistema, tramite un forum gruppo di aziende che collaborano al fine di produrre dispositivi standardizzati e interoperabili, v. W. LEMSTRA, V. HAYES, *Uncensored innovation: The*

case of Wi-Fi, in Competition and Regulation in Network Industries, 2008, p. 135 ss.

⁵⁸ V. European Commission Directorate-General for the Information Society and Media, *Networked Media, Current Research, Results and Future Trends*, 2009 (disponibile on line).

frequenza in maniera esclusiva o primaria a determinati servizi di comunicazione. L'impatto di tale rischio tende ad essere minimizzato dall'evoluzione tecnologica, che consente la flessibilità/neutralità di utilizzazione delle medesime bande di frequenza per diversi servizi. Malgrado l'introduzione commerciale di sistemi intelligenti⁵⁹, resta, in ogni caso, determinante per l'ordinato svolgimento di tali servizi almeno la valutazione della « qualità » di interferenza *ex ante* ed *ex post*⁶⁰.

L'Unione europea ha stabilito una fase di sperimentazione del principio di neutralità/flessibilità in alcune rilevanti bande di frequenza tramite un nuovo approccio alla politica di comunicazione senza fili (Wapecs)⁶¹.

Nella *direttiva legiferare meglio*, il principio in parola viene reso vincolante per tutte le bande di frequenza, quale che sia l'attività prioritaria o di provenienza degli operatori al momento della convergenza digitale. L'affermazione del principio si ritiene possa garantire l'utilizzazione ottimale dello spettro radio, consentendo la distribuzione di servizi diversi sulle stesse frequenze, sia pure nei limiti degli standard di compatibilità con il divieto delle interferenze dannose.

Si riconosce però che la gestione dello spettro può rappresentare un interesse generale degli Stati membri, da salvaguardare in modo trasparente e compatibile con il diritto comunitario, per contribuire alla diversità culturale e linguistica, alla libertà di espressione e al pluralismo dei media. Questa deroga riguarda, come vedremo in seguito, soprattutto la gestione delle frequenze

⁵⁹ Si tratta di apparecchiature di trasmissione/ricezione e gestione della rete, denominati *cognitive radio*, (che ricercano di volta in volta le frequenze ottimali). La flessibilità d'uso è resa possibile da diverse evoluzioni tecnologiche, che richiedono una specifica regolamentazione. Tra gli altri ricordiamo: l'introduzione di prescrizioni finalizzate a gestire il rischio di interferenze dannose tra reti vicine, in particolare tramite l'applicazione all'emissione di parametri tecnici/maschere (Block Edge Masks, BEM). Per l'uso di apparati di Cognitive radio Brussels, v. RSPG09-299, Radio Spectrum Policy Group Report on « Cognitive Technologies », Final Draft, 14 October 2009.

⁶⁰ Si tratta di un nuovo tipo di condizioni più sofisticato adottato nella recente prassi del Regno Unito degli *Spectrum Usage Rights*, Ofcom, Spectrum usage rights, Final Report, Executive summary, 2006 (www.ofcom.org.uk/consult/condocs/sur/spectrum/summary.pdf).

⁶¹ V. COM(2007) 50 def., dell'8 febbraio 2007, Maggiore flessibilità per un ac-

cesso rapido allo spettro radio riservato alle comunicazioni elettroniche senza fili. Le frequenze per la sperimentazione sono: la banda 470-862 MHz allocata per la radiodiffusione (a disposizione anche dei servizi di comunicazione mobile); le bande 880-915, 925-960 e 1710-1785, 1805-1880 MHz, allocate per i servizi di telefonia mobile GSM (a disposizione anche dei servizi mobili di terza generazione); le bande 1900-1980, 2010-2025, 2110-2170 MHz allocate per i servizi mobili di terza generazione (a disposizione anche dei servizi analoghi alla radiodiffusione e dei collegamenti a banda larga); la banda 2500-2690 MHz allocata ai servizi mobili di terza generazione (a disposizione anche per la fornitura di servizi a banda larga che utilizzano altre tecnologie); la banda 3,4-3,8 GHz allocata al collegamento ai locali dell'abbonato (a disposizione anche per la fornitura di servizi mobili). Per un commento, v. R. AKALU, *Implementing the Wireless Access Policy for Electronic Communications Services Approach to Spectrum Management Year*, in *Info*, 2006, p. 31 ss.

per la radiodiffusione ed in particolare il servizio pubblico⁶². In generale, vengono ridotti i poteri amministrativi degli Stati membri a seguito del consolidamento del « mercato secondario » dei diritti d'uso delle frequenze⁶³.

Quando la Commissione ha proposto il nuovo approccio ha indicato la possibilità di prevedere eccezioni di carattere proporzionato, limitate nel tempo, non-esclusive, giustificate e necessarie per raggiungere legittimi obiettivi di interesse generale. In altri termini, le regole europee di coordinamento tecnico devono consentire d'ora in poi l'utilizzazione delle frequenze per l'erogazione di tutti i servizi di comunicazione senza fili, salve specifiche e giustificate deroghe di armonizzazione legislativa. Sono state proposte eccezioni relative alla politica audiovisiva, alla promozione della diversità culturale e linguistica, al pluralismo dei media, alla creazione di servizi con una copertura pan-europea o alla protezione della sicurezza della vita.

Nell'iter della co-decisione sulla *direttiva legiferare meglio*, il Consiglio ha chiesto di conservare la facoltà degli Stati membri di deroga, in sede di attuazione, per motivi relativi alla qualità dei servizi o per realizzare un obiettivo d'interesse generale attraverso attività di radiodiffusione⁶⁴. Peraltro, si richiedeva che il principio della neutralità dei servizi fosse applicabile ai diritti di uso solo per il futuro, per non determinare un riesame della situazione esistente, che avrebbe implicazioni molto rilevanti a livello amministrativo e per i titolari di diritti individuali d'uso.

L'attuale quadro normativo è stato sollecitato dal Parlamento europeo⁶⁵ secondo cui, nello sviluppo delle politiche di gestione dello spettro, il principio generale di utilizzazione dovrebbe essere quello della protezione degli interessi pubblici. L'efficienza determinata dalle scelte del mercato non può essere l'unico parametro della gestione delle frequenze⁶⁶, ma si deve procedere ad un bilanciamento con gli interessi generali e sociali. In particolare, una parte delle frequenze dovrebbe essere assicurata per le regioni rurali e meno sviluppate, per far fronte ai bisogni dei consumatori e

⁶² V. direttiva quadro 2002: « La presente direttiva e le direttive particolari si applicano fatte salve le misure adottate a livello comunitario o nazionale, in conformità del diritto comunitario, per perseguire obiettivi di interesse generale relativi, in particolare, alle regolamentazioni dei contenuti ed alla politica audiovisiva » (art. 1, par. 3).

⁶³ Secondo lo schema della Comunicazione della Commissione COM(2005) 411 def. del 6 settembre 2005, Verso nuovi approcci per la gestione dello spettro, par. 4.2.

⁶⁴ Consiglio 10334/086 del giugno

2008 (Punto IV. Principali questioni da discutere ulteriormente: i. Spettro radio).

⁶⁵ Risoluzione del Parlamento europeo: Verso una politica europea in materia di spettro radio (2006/2212(INI)), in *GUUE* C 287E del 29 novembre 2007, p. 364.

⁶⁶ Optimization of spectrum usage (i.e. internalization of opportunity costs) has been estimated to add _10 billion to GDP growth. Commission Staff Working Document and Impact assessment, Brussels, 28 June 2006, SEC(2006) 816 and 817.

per servizi di interesse pubblico e generale. Il Parlamento europeo ha inoltre affermato che si deve tenere conto delle considerazioni culturali (art. 151, par. 4 CE, ora art. 167 TFUE)⁶⁷.

8. I SISTEMI DI AUTORIZZAZIONE GENERALE E DI CONCESSIONE DEI DIRITTI D'USO.

A partire dalla direttiva 97/13/CE, l'accesso degli operatori dei servizi di comunicazione è previsto dalle regolamentazioni nazionali, con le procedure di « autorizzazioni generali »⁶⁸ e « licenze individuali »⁶⁹, che rientrano nella più ampia categoria delle « autorizzazioni »⁷⁰.

Nella disciplina comunitaria, l'« autorizzazione generale » costituisce lo strumento ordinario di esercizio del controllo all'ingresso degli operatori economici nel mercato, e si sostanzia in una denuncia di inizio di attività da parte dell'operatore interessato. Un importante vantaggio del sistema in parola è costituito dalla semplificazione e armonizzazione del regime giuridico negli Stati membri. In questo ambito, l'ordinamento nazionale fissa le condizioni generali per l'esercizio del diritto d'uso e dei relativi obblighi specifici per la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica (art. 3, nuovo par. 2).

Nella *direttiva legiferare meglio* (art. 5, par. 1) appare evidente che il regime di autorizzazione generale all'attività di comunicazione elettronica riguarda tutti gli operatori⁷¹, ma la con-

⁶⁷ Risoluzione P6_TA-PROV(2007) 0041 http://ec.europa.eu/information_society/policy/radio_spectrum/docs/ep_dr_res_spectrum_14_02.pdf

⁶⁸ Direttiva 97/13/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 aprile 1997 relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, in *GUCE* L 117 del 7 maggio 1997, p. 15 « un'autorizzazione che, indipendentemente dal fatto che sia disciplinata da una « licenza per categoria » o da una normativa generale, e che preveda (...) una registrazione, non obbliga le imprese interessate ad ottenere una decisione esplicita da parte delle autorità di regolamentazione nazionali per poter esercitare i diritti derivanti dall'autorizzazione » (art. 2, n. 1, lett. a), primo trattino, della direttiva).

⁶⁹ Per licenza individuale s'intende « un'autorizzazione concessa da un'autorità di regolamentazione nazionale, la quale conferisce diritti specifici ad un'impresa, ovvero l'assoggetta ad obblighi specifici, se del caso oltre all'autorizzazione genera-

le, così che tale impresa non può esercitare i diritti di cui trattasi senza la previa decisione dell'autorità di regolamentazione nazionale » [art. 2, n. 1, lett. a), secondo trattino, della direttiva].

⁷⁰ La direttiva definisce quest'ultima nozione come « ogni permesso che sancisca diritti e obblighi specifici per il settore delle telecomunicazioni (...) » [art. 2, n. 1, lett. a), primo comma].

⁷¹ La direttiva comunitaria in materia di autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazioni elettronica 2002/20/CE, stabilisce che il relativo regime non può essere subordinato all'adozione di un atto amministrativo di assenso, ma soltanto ad un obbligo di preventiva notifica, in base alla quale l'attività può iniziare (art. 3, comma 2). L'autorizzazione generale conferisce in via normativa a tutti coloro che si trovino in una data situazione il titolo all'esercizio dell'attività, mentre il potere dell'Amministrazione si configura come potere di impedire l'attività stessa ove non risultino soddisfatte le condizioni poste dall'autorizzazione generale.

cessione di diritti individuali d'uso di determinate frequenze si realizza con procedura *ad hoc*. L'autorizzazione individuale, corrispondente al modello tradizionale di provvedimento autorizzatorio del diritto d'uso di una frequenza, dovrebbe assumere carattere di eccezione e rappresentare una fattispecie residuale⁷². La formulazione precedente della norma affermava la preferenza comunitaria per lo strumento dell'autorizzazione generale senza concessione di diritti individuali d'uso⁷³. La nuova formulazione, pur ribadendo l'obbligo degli Stati membri di facilitare l'uso delle frequenze radio tramite la procedura di autorizzazione generale, prevede inoltre la facoltà di concedere diritti individuali di uso per una serie di motivi. L'elenco di questi ultimi, contenuto nel testo della norma, appare però particolarmente ampio e di difficile determinazione. Se sono verificabili i motivi tecnici legati alle interferenze dannose ed alla qualità del servizio, al contrario risultano di difficile identificazione i motivi di « un utilizzo efficiente dello spettro », o collegati ad « altri obiettivi di interesse generale definiti dagli Stati membri conformemente alla normativa comunitaria ».

Pertanto, l'operatore di servizi di comunicazione può assumere due status diversamente configurati (art. 6 direttiva autorizzazione). Il regime previsto per l'autorizzazione generale prevede condizioni e obblighi il cui rispetto consente l'esercizio immediato dell'attività di comunicazione elettronica⁷⁴. Per la concessione di

⁷² Nell'ordinamento italiano, gli atti autorizzatori sono previsti per la regolazione delle attività economiche nell'ambito del controllo pubblico dell'iniziativa privata. Nella distinzione tradizionale, variamente riconsiderata dalla dottrina più recente, l'« autorizzazione » rappresentava l'atto di rimozione di un limite all'esercizio di un diritto preesistente mentre la « concessione » conferiva nuovi diritti. Nelle direttive sulle comunicazioni elettroniche viene impiegata genericamente la terminologia « concessione dei diritti d'uso delle frequenze ». In dottrina, v. M. CLARICH, A. BOSO CARETTA, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, p. 685 ss.

⁷³ « Ogni qualvolta sia possibile e soprattutto qualora il rischio di interferenze dannose sia trascurabile, gli Stati membri si astengono dal subordinare l'uso delle frequenze radio alla concessione di diritti d'uso individuali, includendo invece le condizioni d'uso di tali frequenze nell'autorizzazione generale » (par. 1).

⁷⁴ Secondo l'allegato A della direttiva

autorizzazione, leggermente modificato dalla *direttiva legiferare meglio*, i diversi obblighi e condizioni riguardano: 1. Contributi finanziari a sostegno del servizio universale; 2. Oneri amministrativi; 3. Interoperabilità dei servizi e interconnessione delle reti; 4. Accessibilità dei numeri del piano nazionale, europeo, verdi-internazionali-universali e, se possibile, di altri Stati membri; 5. Obblighi con riferimento alla normativa ambientale e alla pianificazione urbana e rurale; 6. Obblighi di trasmissione; 7. Protezione dei dati personali e tutela della vita privata specifiche al settore delle comunicazioni elettroniche; 8. Norme sulla tutela dei consumatori specifiche al settore delle comunicazioni elettroniche e le condizioni relative all'accessibilità per gli utenti disabili; 9. Restrizioni relative ai contenuti illegali; 10. Informazioni da presentare in osservanza della procedura di notifica; 11. Possibilità per le autorità nazionali competenti di effettuare legalmente intercettazioni delle comunicazioni; 11-bis. Condizioni d'uso per le comunicazioni su minacce imminenti e per attenuare le conseguenze di gravi calamità; 12. Condizioni d'uso in caso di cata-

diritti d'uso delle frequenze sono previste specifiche condizioni e oneri⁷⁵. In entrambi i casi, la modifica dei diritti e degli obblighi prima della naturale scadenza ha carattere eccezionale ed è protetta da obblighi di informazione e da termini preventivi di efficacia (art. 14, par. 1). In particolare i diritti d'uso delle radiofrequenze non devono essere limitati o revocati, salvo in casi motivati ed eventualmente in conformità con le pertinenti disposizioni nazionali relative alla compensazione per la revoca dei diritti (art. 14, par. 2).

La trasferibilità e le eventuali condizioni dei diritti d'uso delle radiofrequenze vengono specificate dagli Stati membri, al momento della concessione (art. 5, par. 1). Secondo la modifica apportata dalla *direttiva legiferare meglio*, le limitazioni eventuali di durata della concessione devono tener conto dell'obiettivo perseguito e della « necessità di prevedere un periodo adeguato di ammortamento degli investimenti ». Il nuovo regime prevede che le concessioni di diritti d'uso di frequenze per periodi di lunga durata (dieci anni e più), di cui non sia stata dichiarata la trasferibilità, possano, in qualche modo, essere svincolate da tale condizione, su richiesta debitamente motivata del titolare del diritto, in quanto trasformate in un'autorizzazione generale oppure in un diritto liberamente trasferibile. È previsto un dovere generale di controllo delle Autorità nazionali sulle distorsioni della concorrenza, determinate da trasferimenti o accumuli dei diritti d'uso delle frequenze radio da parte del medesimo soggetto, anche tramite l'adozione di misure appropriate, quali ad esempio l'obbligo di vendita o di locazione dei diritti d'uso delle frequenze radio (art. 5, nuovo par. 6).

strofi per garantire le comunicazioni tra i servizi di emergenza e le autorità; 13. Provvedimenti concernenti la limitazione dell'esposizione delle persone ai campi magnetici; 14. Obblighi di accesso; 15. Mantenimento dell'integrità delle reti pubbliche di comunicazione, anche mediante le condizioni per prevenire interferenze elettromagnetiche tra i servizi; 16. Sicurezza delle reti pubbliche contro l'accesso non autorizzato; 17. Condizioni per l'uso di frequenze radio, qualora l'uso non sia soggetto alla concessione di diritti d'uso individuali; 18. Misure volte ad assicurare il rispetto delle norme tecniche e/o specifiche; 19 (nuovo). Gli obblighi di trasparenza.

⁷⁵ Secondo l'allegato B della direttiva autorizzazione, leggermente modificato dalla *direttiva legiferare meglio*, i diversi obblighi e condizioni riguardano: 1. Obbligo di fornire un servizio o di utilizzare un tipo di tecnologia per il quale sono stati

concessi i diritti d'uso della frequenza, compresi, se del caso, i requisiti di copertura e di qualità; 2. Uso effettivo ed efficiente dei numeri; 3. Condizioni tecniche e operative per evitare interferenze dannose e per limitare l'esposizione del pubblico ai campi elettromagnetici, qualora siano diverse da quelle previste dall'autorizzazione generale. 4. Durata massima, fatte salve eventuali modifiche del piano di frequenze nazionali. 5. Trasferimento dei diritti su iniziativa del detentore dei diritti e relative condizioni in conformità della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). 6. Contributi per l'uso in conformità dell'articolo 13 della presente direttiva. 7. Ogni impegno che l'impresa cui sono stati attribuiti i diritti d'uso abbia assunto nell'ambito di una procedura di gara o di selezione comparativa. 8. Obblighi derivanti dagli accordi internazionali relativi all'uso delle frequenze. 9 (nuovo). Obblighi specifici di un uso sperimentale delle radiofrequenze.

La limitazione quantitativa delle concessioni dei diritti d'uso richiede una consultazione per la ponderazione dei vantaggi degli utenti e per la valutazione dell'impatto sulla concorrenza. Una decisione motivata delle Autorità nazionali stabilirà la procedura da seguire per l'assegnazione « in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori » (art. 6). Analogo procedimento deve essere seguito quando sia possibile concedere un numero supplementare di diritti d'uso delle frequenze radio e, secondo la modifica della *direttiva legiferare meglio*, anche nell'ipotesi di rinnovo dei diritti d'uso. Secondo la Corte di Giustizia nella sentenza *Centro Europa 7*⁷⁶ un sistema di concessioni che limita il numero degli operatori di servizi nel territorio nazionale può essere giustificato da obiettivi di interesse generale⁷⁷, a condizione che le restrizioni che ne derivano siano necessarie e proporzionate.

Il sistema di controllo da parte delle ARN sul rispetto delle condizioni poste dal sistema di autorizzazione o della concessione dei diritti d'uso risulta ora rafforzato e precisato, tra l'altro, con la previsione di misure cautelari, di ingiunzione sospensiva e di sanzioni, anche in caso di cessazione delle violazioni (art. 7).

Per quanto riguarda i diritti amministrativi richiesti alle imprese dalle Autorità di regolamentazione, vanno intesi quale esclusiva copertura dei costi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici (art. 13); mentre possono essere previsti contributi per la concessione dei diritti d'uso al fine di garantire l'impiego ottimale delle risorse, purché siano trasparenti, obiettivamente giustificati, proporzionati allo scopo perseguito e non discriminatori (art. 14).

Nel sistema della precedente direttiva 97/13/CE, l'imposizione di un canone per le « risorse rare » veniva collegata non solo alla necessità di assicurarne l'uso ottimale, a condizioni non discriminatorie, ma anche alla « necessità di incoraggiare lo sviluppo di servizi innovativi e la concorrenza » (art. 11, par. 2)⁷⁸. In riferimento

⁷⁶ Sentenza della del 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni*, in *Raccolta*, 2008 p. I-349 Sulla sentenza, v. L. F. PACE, *Il caso « Centro Europa 7 » dinanzi alla Corte di giustizia: ampliamento del campo di applicazione dell'art. 49 TCE, tutela della chance del prestatore di servizi e protezione del pluralismo « esterno »*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 4000 ss.

⁷⁷ La Corte richiama la sua giurisprudenza, a partire dalla sentenza del 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Placanica e a.*, in *Raccolta*, p. I-1891, punto 49.

⁷⁸ Secondo la Corte nella sentenza del 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany e Arcor c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, p. I-3505, la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 aprile 1997, 97/13/CE (art. 11, n. 1), osta all'applicazione, a titolo di licenze individuali, di un diritto calcolato in funzione delle spese amministrative generali dell'autorità di regolamentazione per la concessione delle licenze su un periodo comprensivo di tutta la durata della concessione medesima (trent'anni).

Secondo le Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer,

a tale formulazione, la Corte di giustizia, nella sentenza *Connect Austria*⁷⁹, ha statuito, sulla base di considerazioni condivisibili anche nell'attuale contesto normativo, che la fissazione dell'importo dei canoni per l'uso delle frequenze comporta complesse valutazioni di ordine economico, per cui non è possibile imporre alle ARN il rispetto di rigidi criteri. È competenza del giudice nazionale « verificare il valore economico delle licenze interessate tenendo conto, in particolare, dell'importanza dei vari spettri di frequenze attribuiti, del momento dell'accesso al mercato di ogni singolo operatore interessato e dell'importanza di poter presentare un'offerta completa di sistemi di telecomunicazione mobile »⁸⁰.

La questione del valore delle licenze⁸¹, che vede alcuni soggetti operare sulla base di occupazioni gratuite delle frequenze e altri con titoli acquisiti ad elevato costo, è considerata da alcuni Stati un insopportabile limite alla creazione del mercato secondario.

9. TRASFERIBILITÀ DEI DIRITTI INDIVIDUALI E « CAMBIAMENTO D'USO » DELLE FREQUENZE PER ALTRI SERVIZI.

La funzione di gestione e di controllo degli Stati membri è destinata a modificarsi profondamente per effetto di due principi affermati sul nuovo regime delle frequenze nella *direttiva legiferare meglio*: in primo luogo, la generalizzazione della trasferibilità dei diritti d'uso delle frequenze (art. 9, par. 3 e 9-ter della direttiva quadro); in secondo, la possibilità di cambiamenti di « destinazione d'uso » delle frequenze (art. 9, par. 4).

Per quanto riguarda il principio della trasferibilità dei diritti individuali d'uso, la Commissione avrà il potere di adottare misure esecutive in talune bande di frequenza con la procedura di « regolazione con controllo » (atti delegati secondo il Trattato di Lisbona) (art. 9-ter, par. 3). Nelle rimanenti bande di frequenza, gli Stati membri potranno prevedere procedure nazionali a riguardo. In linea di principio, il contenuto (diritti e obblighi) dei diritti individuali d'uso non potrà essere modificato a seguito di trasferimento o locazione, salva indicazione contraria dell'Autorità nazionale competente. Una deroga a questo principio può ri-

presentate il 16 marzo 2006, sia nel caso di autorizzazioni generali, che di licenze individuali, il prelievo ha natura remunerativa e parafiscale, in quanto rappresentano un compenso per l'atto o per il servizio amministrativo che riguarda il soggetto passivo; mentre nell'ipotesi di risorse scarse « scompare qualsiasi idea di controprestazione, anche se il diritto ha la natura di un'imposta, sebbene con destinazione individuale » (punti 45 e 46).

⁷⁹ Sentenza del 22 maggio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH e Telekom-Control-Kommission*, in *Raccolta*, p. I-5197, punto 92.

⁸⁰ Sentenza del Tribunale 4 luglio 2007 causa T-475/04, *Bouygues*, cit.

⁸¹ In generale sulla questione, v. T.W. HAZLETT, *Property Rights and Wireless License Values*, in *The Journal of Law and Economics*, 2008, p. 563 ss.

guardare le frequenze usate per la diffusione radiotelevisiva. La trasferibilità potrà essere esclusa a livello nazionale per quei diritti d'uso ottenuti inizialmente a titolo gratuito.

Si crea così un *mercato secondario*, basato su forme di commercializzazione delle frequenze, che dovrebbe conferire una maggiore flessibilità a fronte di cambiamenti del mercato delle comunicazioni elettroniche⁸². In ogni caso saranno gli operatori a definire il valore delle applicazioni delle frequenze per sviluppare la competitività e l'innovazione. Questo principio dovrebbe limitare la scarsità delle frequenze, che viene considerata imputabile ad un loro utilizzo non ottimale.

Il principio della neutralità dei servizi consente l'utilizzazione delle frequenze, per servizi diversi da quelli previsti originariamente dal diritto d'uso (par. 4 dell'art. 9). La definizione di deroga al principio in parola rientra nella competenza degli Stati membri, da esercitare in conformità con il diritto comunitario (necessità e proporzionalità) e, comunque, da limitare al perseguimento degli obiettivi d'interesse generale, quali la diversità culturale e linguistica, la libertà d'espressione e la pluralità dei mezzi di comunicazione, la promozione della coesione sociale e territoriale, la sicurezza della vita umana. Restano impregiudicate le misure adottate a livello comunitario o nazionale per perseguire obiettivi d'interesse generale relativi in particolare ai contenuti delle trasmissioni, o determinate da finalità di ordine pubblico, pubblica sicurezza e difesa. Le procedure associate al perseguimento degli obiettivi di interesse generale devono essere sempre trasparenti, obiettive, proporzionate e non discriminatorie.

⁸² Le modiche all'approccio in materia di spettro radio erano state preparate da importanti documenti di riflessione e proposta della Commissione: COM(2005) 400 definitivo, del 14 settembre 2005, Un approccio basato sul mercato in materia di gestione dello spettro radioelettrico nell'Unione europea; COM(2005) 411 definitivo, del 6 settembre 2005, Spettro radio: una politica strategica per l'unione europea seconda relazione annuale. Per un quadro generale della problematica dell'assegnazione delle frequenze e dei sistemi adottati dagli Stati membri, v. RSPG09-298 Radio Spectrum Policy Group Report on Assignment and Pricing Methods, 22 October 2009 (http://rspg.groups.eu.int/ref_doc/index_en.htm#rspg19). L'attività di commercializzazione può presentare numerose varianti. Il trasferimento dei diritti può essere totale o parziale, di vendita o di affitto, per determinate frequenze o copertura geografica. La decisione di molti rego-

latori è stata quella di modificare i meccanismi di assegnazione e gestione delle frequenze tramite la commerciabilità dei diritti d'uso, le aste ed il meccanismo dei prezzi incentivanti (Administrative Incentive Pricing o AIP), vale a dire la definizione di canoni annuali per l'utilizzo dello spettro da imporre anche agli utilizzatori pubblici, per spingere tutti gli utilizzatori, ad una valutazione economica dell'occupazione dello spettro e, dunque, a considerare l'opportunità di mantenerne il controllo o restituirne la disponibilità per una nuova assegnazione. Le porzioni di spettro liberate verrebbero così messe all'asta ed affidate a nuovi operatori. M. COLANGELO, *Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nell'Unione europea: il caso degli « slots » aeroportuali e dello spettro radio*, in EDP, 2009, p. 113 ss.; IDEM, *Secondary Trading of Administrative Rights in the EU: Legal Aspects and Perspectives*, in EBLR, 2009, p. 591 ss.

Per quanto riguarda l'affermazione del nuovo regime, si prevede un termine di cinque anni. Nel periodo transitorio, gli Stati membri hanno la facoltà di consentire ai titolari di diritti d'uso delle radiofrequenze di richiedere un riesame delle limitazioni ai diritti esistenti in relazione alla trasferibilità e alla modifica della destinazione d'uso (art. 9-bis in riferimento ai limiti di cui ai paragrafi 3 e 4 dell'art. 9). La decisione dell'Autorità nazionale non potrà essere adottata senza l'espressione della volontà « definitiva » dell'operatore interessato che, una volta informato dell'opinione sulle valutazioni espresse nella procedura di riesame, potrebbe decidere di ritirare, senza alcuna conseguenza, la propria richiesta.

10. IL REGIME SPECIALE DELLE FREQUENZE PER LA RADIODIFFUSIONE.

La questione più dibattuta dello spettro radio riguarda ancora oggi l'assimilazione delle frequenze terrestri radiotelevisive al regime generale delle frequenze⁸³. Lo « status speciale in deroga » dei diritti individuali d'uso di tali frequenze può essere riconosciuto da uno Stato membro per loro strumentalità rispetto al regime dei contenuti audiovisivi. La convergenza tecnologica non ha prodotto una completa convergenza e parificazione dei regimi giuridici applicabili alle comunicazioni personali e alla radiodiffusione televisiva⁸⁴.

Anche se esiste una separazione tra « operatore di rete » (titolare di impianti e delle risorse frequenziali), il « fornitore di contenuti » ed il responsabile editoriale nella predisposizione dei programmi diffusi (palinsesto), l'attività di radiodiffusione conserva una sua unitarietà di regime. Infatti, la facoltà per gli Stati membri di disciplinare uno status in deroga dei diritti d'uso delle radiofrequenze per la radiodiffusione è mantenuta proprio in forza dei contenuti e della politica audiovisiva per perseguire obiettivi di interesse generale⁸⁵. Si tratta di eventuali obblighi di trasmissione

⁸³ Per l'intervento del regolatore italiano, v. delibera AGCOM n. 159/08/cons mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali (mercato n. 18 della raccomandazione della commissione europea n. 2003/311/ce), che integra le delibere n. 61/06/CONS, in *GURI* n. 44 del 22 febbraio 2006 e n. 55/08/CONS, in *GURI* n. 31 del 6 febbraio 2008. Per una ricostruzione della situazione del quadro normativo e regolatorio anche dei diritti di utilizzazione delle frequenze per la radiotelevisione in modalità analogica e digitale, v. l'Allegato B delle ultime due delibere sopra citate disponibili *on line* sul sito di AGCOM.

⁸⁴ È quanto afferma in numerosi lavori Vincenzo Zeno-Zencovich, del quale v. da ultimo *Presupposti ed equivoci della « tripla convergenza »*, in A. CASTALDO, S. DA EMPOLI, A. NICITA (a cura di) *La tripla convergenza, Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Roma, 2008.

⁸⁵ Direttiva quadro, art. 1, co. 3: « La presente direttiva e le direttive particolari si applicano fatte salve le misure adottate a livello comunitario o nazionale, in conformità del diritto comunitario, per perseguire obiettivi di interesse generale relativi, in particolare, alle regolamentazioni dei contenuti ed alla politica audiovisiva ».

(*must carry*) dei titolari del diritto d'uso delle frequenze o, in generale, di condizioni imposte a tutela del pluralismo e della diversità dei contenuti trasportati attraverso la disciplina dell'accesso dalle reti da parte dei fornitori indipendenti di contenuti, non integrati con un operatore di rete, a garanzia della loro parità di trattamento⁸⁶.

Tale « status speciale in deroga » dei diritti individuali d'uso di tali frequenze da parte degli operatori radiotelevisivi può anche essere collegato all'erogazione di un servizio pubblico da parte di un'impresa incaricata da uno Stato membro (servizio di interesse economico generale)⁸⁷. Infatti, la Commissione nella comunicazione sul servizio pubblico radiotelevisivo del 27 ottobre 2009⁸⁸ ricorda come le attività televisive siano state in passato accessibili ad imprese pubbliche in regime di monopolio, soprattutto a causa della disponibilità limitata di frequenze. Oggi la questione della permanenza della missione di servizio pubblico, anche in presenza di diverse piattaforme tecniche di diffusione, viene riconosciuta come legittima sempre in forza del particolare impatto dei media audiovisivi sull'opinione pubblica. Ai sensi dell'art. 106 TFUE (ex art. 86, par. 2), il diritto comunitario consente agli Stati membri di conservare il proprio modello di servizi pubblici con i limiti ivi indicati ed, in particolare, nei limiti della compensazione secondo i parametri della sentenza *Altmark*⁸⁹.

Vale la pena di ricordare che i « servizi audiovisivi » che rientrano nell'ambito della comunicazione in parola comprendono la distribuzione di contenuti audio e/o audiovisivi e di altri servizi assimilati, ivi compresi i servizi testuali d'informazione *on line*; mentre la direttiva 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi ha un ambito di applicazione più ristretto, adottando una distinzione tra i regimi dei servizi lineari e quelli non lineari⁹⁰, in base al ca-

⁸⁶ Direttiva autorizzazioni, art. 5, par. 2, co. 2: « Fatti salvi criteri e procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale conformemente alla normativa comunitaria, tali diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie ».

⁸⁷ *Ibidem*, nota 8.

⁸⁸ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva, in *GUUE* C 257 del 27 ottobre 2009, p. 1.

⁸⁹ Sulla questione, v. nostro lavoro, *La disciplina dei servizi di interesse econo-*

mico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo, Torino, 2003.

⁹⁰ Sulla proposta della Commissione, v. il nostro lavoro, *Evoluzione della Direttiva Televisione senza frontiere e ampliamento del suo campo di applicazione a tutti i servizi audiovisivi*, in V. ZENO ZENCOVICH (a cura di) *La televisione digitale*, cit.. Sulla direttiva, v. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009; M. CAPPELLO, *La revisione della direttiva televisione senza frontiere nella nuova direttiva sui servizi media audiovisivi*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2009, p. 9 ss.; H. WARDALE, *The new frontier: the Audiovisual Media Services Directive*, in *European Intellectual Property Review*, 2009, p. 336 ss.

rattere interattivo o meno della fruizione dei prodotti radiotelevisivi.

La questione di maggiore attualità resta certamente la possibile condivisione, da parte di diversi servizi, delle frequenze usate sinora dalla televisione analogica al momento del passaggio progressivo al digitale terrestre (dividendo digitale)⁹¹. Infatti, il passaggio dei servizi televisivi dall'analogico al digitale moltiplica le potenzialità di trasmissione delle radiofrequenze (dividendo digitale)⁹².

Per tali frequenze destinate si è discusso dell'estensione del principio della neutralità dei servizi. Alcuni Stati membri hanno annunciato di voler aprire il dividendo digitale ai servizi di comunicazioni elettroniche di potenza medio-bassa, mentre altri intendono conservarne l'utilizzazione esclusiva ai servizi digitali della radiotrasmissione terrestre ad alta potenza. A livello europeo è stata presa una decisione non vincolante a riguardo⁹³: non vi sarà un obbligo per gli Stati che potranno decidere di conservare la banda di frequenze in parola per l'uso esclusivo dei servizi di radiodiffusione e di non consentirvi altri servizi di comunicazioni elettroniche.

⁹¹ Nell'ambito della Conferenza regionale delle radiocomunicazioni del giugno 2006 (UIT RRC-06) e della Conferenza mondiale delle radiocomunicazioni (UIT WRC-07) del novembre 2007 è stato deciso che a partire dal 2015 (o anche prima di tale data), la sottobanda delle frequenze 790-862 MHz potrà essere allocata anche ai servizi mobili oltre che ai servizi fissi e di radiotrasmissione.

Per quanto riguarda la pianificazione strategica delle frequenze per la radiodiffusione, occorre ricordare che la Conferenza Regionale delle Radiocomunicazioni di Ginevra del 2006 ha aggiornato la pianificazione originaria alla Conferenza di Stoccolma 1961, sulla base dello scenario dello sviluppo della tecnologia per la radiodiffusione terrestre e per l'introduzione di nuovi servizi nella stessa banda. Il modello tecnico di riferimento adottato prevede, per le bande non interamente assegnate a un singolo paese, un coordinamento delle reti di radiodiffusione con altre tipologie di servizi su base bilaterale tra Stati confinanti.

⁹² L'evoluzione tecnologica permette

ora di utilizzare reti di comunicazione mobile nelle bande originariamente riservate ai servizi radiotelevisivi (bande UHF). Grazie alle peculiari caratteristiche di propagazione delle frequenze in parola (minor numero di stazioni radio base e migliore ricezione indoor) sarebbe tecnicamente possibile la fornitura di servizi a banda larga in aree oggi non ancora coperte, nonché l'offerta di nuovi servizi a valore aggiunto per i consumatori, 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*. V anche Relazione Toia del 10 luglio 2008 su «*Trarre il massimo beneficio dal dividendo digitale in Europa: un approccio comune all'uso dello spettro liberato dal passaggio al digitale*», Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia.

⁹³ V. raccomandazione della Commissione, del 28 ottobre 2009, *Agevolare l'utilizzo del dividendo digitale nell'Unione europea*, in *GUUE* L 308 del 24 novembre 2009, p. 24.