



CENTRO STUDI SUL FEDERALISMO

UN CASO CONCRETO DI GOVERNANCE MULTILEVEL

Marco Orofino

dicembre/2005

CSF PAPERS

Copyright ©, Centro Studi Federalismo 2007

Tutti i diritti sono riservati. Parti di questa pubblicazione possono essere citate nei termini previsti dalla legge che tutela il diritto d'autore e con l'indicazione della fonte.

All rights reserved. Quotations from documents in this site can be made according to copyright law, providing information on the source.

INDICE SOMMARIO:

1. *Premessa.*
2. *L'inizio del processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni.*
3. *La sentenza British Telecommunication e l'inizio del processo di liberalizzazione.*
4. *Il Trattato di Amsterdam ed il nuovo art.16 del TCE.*
5. *Gli strumenti normativi per la liberalizzazione e l'armonizzazione del settore delle telecomunicazioni.*
6. *La prima fase dell'intervento comunitario nel settore delle telecomunicazioni: la presentazione del Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni*
7. *La direttiva di liberalizzazione degli apparecchi terminali di telecomunicazione e la previsione di standard tecnici comuni.*
8. *La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione e la prima armonizzazione delle discipline nazionali attraverso la creazione di una rete aperta.*
9. *Segue. Le direttive di liberalizzazione adottate dalla Commissione Europea.*
10. *Segue. Le direttive di armonizzazione e la necessità di creare le condizioni per lo sviluppo di un mercato unico delle telecomunicazioni.*
11. *Il servizio universale nel contesto normativo introdotto a livello europeo nel settore delle telecomunicazioni.*
12. *L'apertura di una nuova fase. L'attrazione del settore radiotelevisivo nella policy delle telecomunicazioni.*
13. *Segue. I presupposti della nuova normativa europea in materia di comunicazioni elettroniche.*
14. *La nuova disciplina comunitaria del sistema delle comunicazioni elettroniche: il Framework 2002.*
15. *La direttiva quadro e la posizione delle Autorità nazionali di regolazione nel nuovo quadro normativo europeo.*
16. *Segue. I requisiti soggettivi e funzionali delle ANR.*
17. *Segue. Il rapporto tra le ANR e la Commissione.*
18. *Segue. Gli obblighi di collaborazione tra le ANR dei differenti Stati membri e, sul piano nazionale, tra le ANR e le Autorità Antitrust.*
19. *Il nuovo rapporto tra regolazione e concorrenza nella direttiva quadro. La regolazione del mercato come extrema ratio.*
20. *La nuova normativa comunitaria in materia di accesso ed interconnessione: la direttiva "speciale" 2002/19/CE.*
21. *Gli obblighi di regolazione imposti all'entrata nel settore delle comunicazioni elettroniche: la direttiva 2002/20/CE.*
22. *Gli obblighi di servizio universale nel nuovo contesto normativo: la direttiva 2002/22/CE.*
23. *Osservazioni conclusive e criticità della normativa.*

1. Premessa

Il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici a rete ha inizio tra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta¹. Si tratta di un processo coinvolge tutti i paesi occidentali e che si iscrive nel più ampio dibattito sulla riarticolazione dell'intervento dei pubblici poteri nel governo dell'economia.

Il regime dell'intervento pubblico, fondato sull'intervento diretto dello Stato nell'economia attraverso imprese pubbliche produttrici di beni ed erogatrici di servizi entra, infatti, progressivamente in crisi².

Si afferma, contemporaneamente, un nuovo regime fondato su un modello di regolazione in cui lo Stato (e più in generale l'Autorità) interviene a tutelare con regole quegli stessi interessi che prima perseguiva attraverso l'impresa pubblica. Si passa dunque, come è stato osservato dallo Stato imprenditore che interviene direttamente in funzione redistributiva allo Stato regolatore che interviene attraverso lo strumento regolativo per garantire il corretto svolgimento dell'attività economiche e, al contempo, la soddisfazione degli utenti³.

La transizione al nuovo modello fondato sulla regolazione è tuttavia disomogenea e varia oltre che da Paese a Paese anche da settore a settore: in questo lungo processo le Istituzioni europee svolgono un ruolo fondamentale. La Comunità europea interviene, infatti, sia a livello giurisprudenziale sia a livello normativo a smantellare gli istituti nazionali che ostacolano la liberalizzazione di questi settori.

L'obiettivo della Comunità europea è quello di garantire anche nei settori pubblici a rete l'affermazione della concorrenza sia formale, eliminando gli ostacoli

¹ Con l'espressione servizi pubblici a rete s'intendono i servizi pubblici (acqua, gas, telecomunicazioni, luce e trasporti) per la cui erogazione è necessaria un'infrastruttura di rete.

² I fattori che determinano la crisi sono senza dubbio molteplici. L'ascesa al potere negli Stati Uniti ed in Inghilterra di politici di tendenze liberiste, il Presidente Ronald Reagan ed il Premier Margaret Thatcher così come il fallimento delle economie pianificate appaiono più l'effetto che la causa del mutamento. L'internazionalizzazione dei mercati e l'aumento del debito pubblico sembrano invece le cause più rilevanti della crescente sfiducia nei confronti dell'intervento pubblico diretto. Tuttavia, non si può dimenticare secondo l'insegnamento di A.O. HIRSCHMANN, *Shifting Involvements*, Princeton, 1982, che esistono cicliche oscillazioni tra pubblico e privato per cui ci sono momenti in cui prevale l'intervento pubblico e momenti in cui si assiste ad un ritorno al privato. Il mutamento avviene secondo Hirschman perchè l'aspettativa suscitata dall'intervento pubblico o dal meccanismo di mercato sono sempre superiori ai risultati ottenuti.

³ Nell'amplissima dottrina si segnalano senza presunzione di esaustività, v. i saggi in C. MC CRUDDEN (a cura di), *Regulation and Deregulation*, Oxford, 1999; R. BALDWIN, M.CAVE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999; B.EBERLEIN, *L'Etat regulateur en Europe*, in *Rev. Fran. Sc. Pol.*, 1999, 205 ss. In lingua italiana, fra i molti, A.LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, 1997. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 12 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari-Roma, 1995.

normativi che impediscono l'accesso ai privati sia sostanziale attraverso l'imposizione di regole che contrastino le posizioni di dominanza..

In questo studio l'attenzione sarà dedicata in particolare al settore delle telecomunicazioni, ormai diventato in tempi di convergenza settore delle comunicazioni elettroniche. Questa scelta d'analisi è dovuta principalmente a due ragioni.

La prima ragione risiede nel fatto che il settore delle telecomunicazioni è stato il primo in cui la Comunità europea è intervenuta all'inizio degli anni ottanta. L'azione della Comunità europea, come si analizzerà nei prossimi paragrafi, si è dispiegata in varie fasi nell'arco di quasi venti anni. L'obiettivo perseguito ed infine raggiunto è stato quello di liberalizzare il settore delle telecomunicazioni. Peraltro, l'intervento della Comunità nel settore delle telecomunicazioni è valso come esempio in molti altri settori indicando un nuovo modo di concepire l'intervento pubblico in campo economico.

La seconda ragione per cui si è scelto di esaminare il settore delle telecomunicazioni è dovuta all'approvazione nel 2002 di un *Framework* che interviene organicamente a ridisciplinare il settore.

Il *Framework* disegna, come si vedrà diffusamente, un sistema in cui l'intervento dei pubblici poteri è limitato a determinati ambiti individuati a livello comunitario, sussidiario rispetto alla capacità dei privati di autoregolarsi e, soprattutto, subordinato al "fallimento del mercato". Un sistema che assegna ad Autorità di regolazione nazionali, indipendenti dai soggetti operanti sul mercato, il compito di intervenire a regolare per correggere le eventuali disfunzioni del mercato.

Si tratta di un sistema normativo che costruisce, dunque, un sistema di *governance* multilivello e mira, ancora una volta, ad essere d'esempio per gli altri settori anch'essi liberalizzati o in via di liberalizzazione.

2. L'inizio del processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni

Il processo che ha condotto alla liberalizzazione dei mercati afferenti al settore delle telecomunicazioni è iniziato in Europa nei primi anni ottanta⁴.

⁴ Un'analisi dettagliata dei processi evolutivi del sistema delle telecomunicazioni in Europa è svolta da E. NOAM, *Telecommunications in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1992 e da N. CURIEN, M. GENSOLLEN, *Telecomunicazioni: monopolio e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 1995; per una bibliografia di base si rimanda in C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.D. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law, cit.*, in

Fino ad allora e salvo alcune eccezioni, come in parte l'Inghilterra, il mercato delle telecomunicazioni è stato caratterizzato da regimi monopolistici nazionali. Questa opzione, pur nella specificità di ciascun Paese, è derivata dalla qualificazione dei servizi di telecomunicazione (come peraltro anche per elettricità, gas, acqua) come servizi pubblici essenziali.

Di qui, l'idea che non fosse affatto indifferente che la gestione di tali servizi fosse assunta dallo Stato oppure da soggetti privati. Si riteneva, infatti, che solo lo Stato, e solo attraverso un suo intervento diretto, potesse garantire l'erogazione del servizio, a prescindere dalla localizzazione dell'utente, e la continuità stessa dell'erogazione⁵. Questa idea era, dunque, strettamente connessa con il progetto interventista proprio degli Stati sociali del secondo dopo guerra.

Tanto è vero che la disciplina giuridica dei servizi pubblici si fondava spesso su un presupposto, quello della riserva originaria dell'attività imprenditoriale in capo ad un unico soggetto pubblico⁶ che comporta di per se, in quanto l'accesso al privato è precluso *ex lege*, il diritto/dovere dello Stato ad intervenire.

particolare ai saggi ivi contenuti di A. BARTOSCH, *The Liberalisation of European Telecommunications and Broadcasting Markets. The Road from Monopolies to Competition and Universal Service*, 71 ss. e J-D. BRAUN, R. CAPITO, *The Emergence of EC Telecommunications Law as a New Self-Standing Field Within Community Law*, 51 ss. V. anche i saggi in C. SCOTT, O. AUDEOUD (a cura di), *The Future of EC Telecommunications Law*, Bundesanzeiger, Köln, 1996; ed i lavori monografici di P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004; L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, London, 2000; J. SCHERER, *Telecommunication Laws in Europe*, Butterworths, London, 1998; L. BANCEL-CHARENSOL, *La déréglementation des télécommunications dans les grands pays industriels*, Economica, Paris, 1996; C. WATSON, T. WHEADON, *Telecommunications. The EU Law*, Palladian Law Publishing Ltd, Bembridge, 1999. Nella dottrina italiana, cfr. almeno, F. CARDARELLI V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Laterza, Roma, 1997; G. BOGNETTI e R. FAZIOLI (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1999; i saggi in BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni, cit.*; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, Torino, 1999; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002; V. DI STEFANO, *Diritto delle telecomunicazioni. La normativa nazionale e comunitaria del settore delle telecomunicazioni*, Il Sole24ore, Milano, 2001. In una prospettiva di comparazione tra gli Stati Uniti e l'Unione europea, cfr. C. CAMBINI, P. RAVAZZI, T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Il Mulino, Bologna, 2003, 15 ss.; per una comparazione con il Giappone G. VENTURINI, *Servizi di telecomunicazioni e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario, cit.*, 60 ss.

⁵ La stretta relazione che intercorre tra la nozione di servizio pubblico ed il progetto interventista che caratterizza gli Stati sociali del secondo dopoguerra ha una notevole importanza per comprendere la scelta della gestione pubblica. Infatti, l'intervento della pubblica Amministrazione e le attività che essa svolge per scopi di "benessere sociale" non rientrano tra i compiti immancabili dell'Amministrazione pubblica se non in regime di Stato sociale. Così, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Jovene, Napoli, 1969, 600 e con riferimento ai servizi di telecomunicazione, 606.

⁶ Per riserva originaria si intende una riserva d'impresa che, in linea generale, si concreta in una statuizione che riconosce ad un unico soggetto la titolarità del diritto d'impresa in ordine ad un determinato oggetto.

In questo contesto, le modalità dell'intervento possono, e sono state, diverse giacché gli Stati europei hanno operato a volte con aziende autonome altre volte società di diritto privato a capitale pubblico⁷.

L'azione della Comunità europea iniziata nel settore delle telecomunicazioni negli anni ottanta rappresenta uno schema anche per gli altri settori pubblici di un nuovo modello d'intervento pubblico. Un modello diverso rispetto all'azione diretta dello Stato monopolista e imprenditore. L'azione comunitaria nel settore delle telecomunicazioni ha inteso in primo luogo liberalizzare i mercati connessi con i servizi di telecomunicazione. Poi, e come necessario corollario dell'apertura alla concorrenza di questo settore si è affermato il principio della separazione tra regolatore e regolato. L'intervento comunitario è stato graduale e collegato a profondi mutamenti sia tecnologici, propri del settore in oggetto, sia economici e si è come anticipato articolato in più fasi.

3. La sentenza British Telecommunication e l'inizio del processo di liberalizzazione.

L'inizio della liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni fu dovuto, come spesso accade a livello comunitario, all'intervento della Corte di Giustizia. Con la sentenza *British Telecommunications* la Corte intervenne, infatti, a delimitare i casi in cui le regole della concorrenza contenute nei Trattati non si applicano alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale.

La norma chiave è l'art. 86 (ex art. 90 TCE) che prevede al secondo comma che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico siano sottoposte alle regole del Trattato e alle regole della concorrenza "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di principio e di fatto, della specifica missione loro affidata"⁸.

⁷ Proprio queste, del resto, sono state sostanzialmente le due opzioni che hanno sorretto il sistema di monopolio nella gestione dei cd. servizi a rete in Italia e, con talune differenze, nella maggior parte dei Paesi europei

⁸ Sui servizi di interesse economico generale si v. nella più recente dottrina, S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Energie, postes, télécommunications et transport*, cit., passim ; J. KELLER, *Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV*, Lang, Frankfurt, 1999; K. VAN MIERT, *Le mission d'intérêt économique général et l'article 90 paragr. 2 du Traité CE dans la politique de la Commission*, in *Il diritto dell'economia*, 1997, 277 ss. Nella dottrina italiana, cfr. G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2 del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996, 719 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Il Dir. dell'Unione europea*, 1998, 527 ss.; L. PERFETTI,

Non è dunque illegittimo riconoscere che per tali imprese possano essere previste, in ragione della loro missione ed al fine del raggiungimento degli obiettivi connessi, deroghe alle regole della concorrenza. Tutto dipende, quindi, dall'interpretazione che si dà dei presupposti che giustificano le deroghe⁹.

La Corte di giustizia nella sentenza *British Telecommunication* affermò, però, che non fosse legittima un'automatica disapplicazione delle norme sulla concorrenza in ragione del fatto che fosse un'impresa pubblica ad erogare un servizio di interesse economico generale. Di conseguenza, ne derivò che le norme sulla concorrenza contenute nei Trattati avrebbero dovuto essere applicate alle imprese indipendentemente sia dalla loro qualificazione giuridica (dal fatto cioè che si trattasse di imprese private o pubbliche), sia dalla loro eventuale titolarità di diritti esclusivi nazionali per la gestione di un determinato servizio o di una determinata rete¹⁰.

Sempre nella sentenza *British Telecommunication*, la Corte di giustizia, fatto salvo il controllo giurisdizionale, riconobbe sulla base dell'art. 86, comma 3, TCE, alla Commissione europea la competenza a vigilare sulla corretta applicazione delle norme sulla concorrenza e qualora fosse necessario la possibilità di intervenire con proprie decisioni o direttive per rimuovere gli ostacoli che impedissero o ostacolassero la libera concorrenza. In questo modo la Corte di Giustizia affidò alla Commissione europea, indirettamente, anche il compito di valutare, in concreto, la possibilità di

Servizi di interesse economico e pubblici servizi, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss.; D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU e P. DE CARLI (a cura di), *cit.*, 133-136. Cfr. anche sull'possibile impatto della Carta dei diritti le considerazioni di O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il dir. dell'Unione europea*, 2002, 633 ss.

⁹ L'intervento della Corte di Giustizia fu promosso dal ricorso dell'Italia nei confronti di una decisione della Commissione europea (pubblicata in GUCE, L 360/36 del 21 dicembre 1982) che aveva sanzionato *British Telecom* per abuso di posizione dominante in relazione a restrizioni dell'uso degli impianti e dei servizi telex e telefonici. La Corte con la sentenza del 20 marzo 1985, (pubblicata in *Raccolta*, 1985, 873 ss. causa n. 41/83, Italia c. Commissione) La sentenza scaturì dal ricorso che seguì l'intervento della Commissione nel 1982 riguardante la decisione della Commissione (GUCE, L. 360 del 21 dicembre 1982, 36). La Corte di giustizia ritenne che *British Telecom*, pur gestendo un servizio di interesse economico generale, non fosse per ciò stesso esentata dalla regole di concorrenza.

¹⁰ Questo principio è stato ribadito nella sentenza *Commissione europea c. Italia (Transparency)* della Corte di giustizia del 16 giugno 1987, causa 118/85 (pubblicata in *Raccolta*, 1987, 2599 ss). La Corte ha in questa decisione sostenuto che anche un organo dello Stato può essere considerato un'impresa ai sensi della definizione offerta dai Trattati comunitari qualora eserciti un'attività economica. Ciò ha chiarito che quello che rileva ai fini della sottoposizione alle regole della concorrenza non è tanto la natura giuridica dell'impresa, ma piuttosto la natura industriale o commerciale dell'attività esercitata. Si veda per un'interessante rassegna delle decisioni giurisprudenziali sui servizi di interesse economico generale, G. TELESE, *Servizi di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, 947 ss.; F. ARMENANTE, *I servizi pubblici nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 193 ss.

accordare un regime derogatorio alle imprese incaricate dello svolgimento di servizi di interesse economico generale.

Proprio quest'ultima competenza riconosciuta alla Commissione europea di accordare, ex art. 86 TCE, le eventuali deroghe ebbe una notevole rilevanza. Questo perché, in tal modo, attraverso l'intervento della Commissione europea ex art. 86, comma 3, TCE, fu sancita la legittimità dell'intervento diretto della Comunità europea nel campo dei servizi pubblici.

British Telecommunications può dunque essere considerata il punto d'avvio del processo di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni. Non solo: con questa sentenza si pongono le basi per l'inizio di un processo più ampio di liberalizzazione che parte dalle telecomunicazioni e coinvolge tutte le *public utilities* e che vede la Comunità europea intervenire in settori fino a quel momento gelosamente in mano agli Stati.

4. Il Trattato di Amsterdam ed il nuovo art. 16 del TCE.

La giurisprudenza della Corte di giustizia che seguì il *leading case British Telecommunications* ebbe il pregio di legittimare i primi interventi comunitari volti all'applicazione integrale delle regole della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni. Sul fronte dell'armonizzazione delle discipline nazionali apparve, invece, immediatamente evidente la necessità di accompagnare l'interpretazione giurisprudenziale offerta dalla Corte di giustizia con l'introduzione nei Trattati istitutivi di nuove specifiche competenze comunitarie nel settore delle telecomunicazioni.

Ciò avvenne dapprima a livello generale con l'Atto Unico Europeo del 1987 che ampliando gli obiettivi della Comunità europea legittimò un intervento comunitario più ampio nell'attività di armonizzazione delle discipline nazionali connesse con la libera circolazione delle merci e dei servizi¹¹. In seguito, il Trattato di Maastricht, nel

¹¹ In verità già l'Atto Unico Europeo del 1986 conteneva norme idonee a garantire un'evoluzione normativa nel settore delle telecomunicazioni giacché inseriva tra gli obiettivi della Comunità: a) l'adozione delle misure destinate all'instaurazione di un mercato unico interno in grado di garantire la libera circolazione di beni, persone e servizi, non solo attraverso l'eliminazione delle barriere doganali bensì anche attraverso l'eliminazione di ogni ostacolo di tipo fisico, tecnico e fiscale; b) nuove politiche (contenute nei nuovi Titoli V e VI della Parte III del Trattato di Roma) concernenti la necessità di procedere ad un'armonizzazione delle regole nazionali al fine di rafforzare la coesione economica e sociale e lo sviluppo della ricerca e della tecnologia europea.

contesto di un ampliamento delle competenze comunitarie¹², introdusse nel Trattato CE disposizioni normative specificamente riferite alle reti di telecomunicazioni. In questo senso, vanno intese le norme del Titolo XI del Trattato CE (ex Titolo XII), rubricato “Reti transeuropee”. In particolare, l’art. 154 (ex art. 129 B) ha riconosciuto che la costituzione e lo sviluppo di reti transeuropee nel settore delle telecomunicazioni contribuisce alla creazione di un mercato interno aperto ed alla promozione dello sviluppo armonioso della Comunità europea.

Infine, il Trattato di Amsterdam con l’inserimento del il nuovo art. 16 del TCE tra i principi del Trattato CE, ha riconosciuto “l’importanza dei servizi di interesse economico generale nell’ambito dei valori comuni dell’Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale”. Questa disposizione ha, dunque, impegnato tanto la Comunità europea quanto gli Stati membri a favorire, ciascuno nel proprio ambito di competenze, il raggiungimento degli interessi generali tipici di tali servizi.

Nonostante tale norma si presti ad interpretazioni tra loro molto differenti è innegabile che essa abbia concorso a valorizzare la funzione sociale dei servizi di interesse economico generale in un contesto in cui, in precedenza, sulla base dell’art. 86 TCE, era sembrato prevalente il principio di libera concorrenza¹³.

¹² Il Trattato di Maastricht muta, come è noto, il sistema stesso di ripartizione delle competenze fra gli Stati e la Comunità non più basato solo sulla semplice attribuzione di competenze dei primi alla seconda ma anche, ex art. 5 TCE, sul principio di sussidiarietà. La codificazione del principio di sussidiarietà ha un effetto evidente sull’espansione delle competenze della CE. Esso, inoltre, trascende il sistema di riparto delle competenze ingenerando un cambiamento di prospettiva per cui l’attenzione dell’Unione Europea, coerentemente con un progetto più generale che coinvolge l’intero apparato istituzionale, sembra spostarsi decisamente sugli utenti ossia sui cittadini che usufruiscono dei servizi. Ciò determina, coerentemente con gli obiettivi posti dai Trattati, l’adozione di politiche e di regole che hanno un fondamento specifico nella coesione economica e sociale così come nella protezione dei consumatori. Questa tendenza è accentuata dal Trattato di Amsterdam. In particolare, dal Protocollo sull’applicazione del principio di sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam. Cfr. S. SMISMANS, *Law, Legitimacy, and European Governance. Functional Participation in Social Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004. Cfr. nella dottrina italiana sull’effetto dirompente che il principio di sussidiarietà ha man mano che si comprende che, anziché essere un mero criterio di allocazione delle competenze, esso informa di sé tutto l’ordinamento fino a diventare un principio caratterizzante dell’Unione e, almeno tendenzialmente, fondamento dell’idea di democrazia che essa presuppone. Cfr. F. PIZZETTI, *Sussidiarietà, interessi degli Stati e tutela dei cittadini*, in P. BILANCIA (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, 77 ss.; ID., *Il principio di sussidiarietà nell’Unione Europea e in Italia: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di governance*, in V. ANGIOLINI, L. VIOLINI e N. ZANON (a cura di), *Le trasformazioni dello Stato regionale: in ricordo di Gianfranco Mor*, Giuffrè, Milano, 2002, 181 ss. Sulle interconnessioni tra riforma delle istituzioni europee e principio di sussidiarietà si veda, anche, A. QUADRO CURZIO, *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigmi per l’Europa e per l’Italia*, Vita e pensiero, Milano, 2002.

¹³ Sul significato da attribuire a questo nuovo principio si sono contrapposte due tesi interpretative. Una prima tesi, sostenuta in una prima fase dalle stesse Istituzioni comunitarie era volta a contenere la potenzialità innovativa del principio e, pertanto, poneva in luce il fatto che l’art. 16 TCE non avrebbe creato alcuna nuova

Ciò ha concretamente significato per la Comunità europea per un verso l'espansione del proprio campo d'intervento, per un altro verso la necessità di procedere ad un nuovo bilanciamento tra le norme poste a tutela della concorrenza e le norme poste a tutela del raggiungimento della coesione sociale¹⁴.

5. Gli strumenti normativi per la liberalizzazione e l'armonizzazione del settore delle telecomunicazioni

L'inclusione nei Trattati istitutivi di nuove basi normative ha, come si è visto, legittimato via via l'intervento della Comunità europea nel settore delle telecomunicazioni. Un intervento che si è sviluppato, come detto, in più fasi scandite dall'adozione di direttive volte alla liberalizzazione ed all'armonizzazione del settore delle telecomunicazioni¹⁵.

obbligazione per gli Stati membri. Infatti, secondo questa tesi il contenuto di questo articolo avrebbe dovuto essere applicato, come la disposizione stessa espressamente prevede, senza pregiudizio delle norme contenute nei Trattati che già disciplinavano i servizi di interesse economico generale. Una interpretazione di questo tipo aveva indubbiamente il pregio di "tranquillizzare" alcuni Stati membri preoccupati delle possibili implicazioni che una tale innovazione avrebbe potuto comportare. V. in dottrina F. BLUME, A. LOGUE, *State Monopolies Under EC Law*, John Wiley & Sons, Chichester, 1998, 21 ss. Per contro, però, questa interpretazione trascurava sia il valore politico ideologico del riconoscimento della nozione di "servizio di interesse economico generale" tra i principi che guidano l'attività della Comunità europea sia le prospettive operative che avrebbero potuto aprirsi. In tal modo, questa interpretazione prestava il fianco alla tesi di chi faceva prevalere le possibili innovazioni sugli elementi di continuità. I sostenitori di una interpretazione evolutiva dell'art. 16 del TCE, argomentavano, infatti, che la Comunità europea avrebbe dovuto calibrare diversamente i suoi interventi in modo tale da contemperare la necessità di garantire il rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza con l'esigenza di raggiungere gli obiettivi tipici dei servizi di interesse economico generale. Cfr., con riferimento particolare alla genesi ed alle differenti interpretazioni dell'art. 16 del TCE, cfr. S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, cit., 31 ss.

¹⁴ L'art. 16 del Trattato CE fa comunque sistema con l'art. 86 del TCE. Le possibilità di regolazione che dalla lettura congiunta dei due articoli discendono sono comunque da intendersi limitate ai casi in cui il mercato non riesce da solo a soddisfare gli interessi pubblici connessi a tali servizi, secondo l'interpretazione cui è giunta la Corte di giustizia. Si veda la giurisprudenza citata da D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU e P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 133-136.

¹⁵ Le direttive comunitarie, come è noto, appartengono insieme ai regolamenti ed alle decisioni alla categoria degli atti normativi obbligatori. Esse sono indirizzate agli Stati membri ed a differenza dei regolamenti comunitari non sono *self-executing*. Richiedono, pertanto, una trasposizione in norme di diritto interno da parte dei legislatori nazionali. Le direttive sono, in teoria, atti normativi che non disciplinano in maniera dettagliata la materia su cui intervengono limitandosi a porre l'obbligo ai destinatari di raggiungere un determinato obiettivo. Questa caratteristica "originaria" non ha evitato che, nel settore qui in esame, come peraltro in altri settori, le direttive abbiano poi raggiunto un alto grado di dettaglio vincolando i legislatori nazionali ben al di là del semplice raggiungimento di un obiettivo. Cfr., in particolare, sulla trasformazione delle direttive rispetto al modello originario M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1999, 154. Sull'impatto che le direttive hanno sull'amministrazione nazionale, v. C. FRANCHINI, *La Commissione delle Comunità europee e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarità alla coamministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, 669 ss.

In particolare, sono state adottate in ogni fase, sia direttive cd. di liberalizzazione sia direttive di armonizzazione. Nonostante l'identico effetto che le direttive di liberalizzazione e le direttive di armonizzazione hanno dal punto di vista degli obblighi di trasposizione e di esecuzione che gravano sugli Stati membri, è necessario distinguere con precisione i due atti.

Infatti, mentre le direttive di armonizzazione o di riavvicinamento delle legislazioni nazionali sono adottate dal Consiglio e dal Parlamento¹⁶ e sono, quindi, lo strumento normativo comunitario "ordinario", le direttive cd. di liberalizzazione, sono adottate direttamente dalla Commissione europea ex art. 86 comma 3, TCE, e sono uno strumento del tutto peculiare.

La peculiarità dello strumento sta nel fatto che le direttive in questione possono essere adottate autonomamente dalla Commissione Europea, senza alcun coinvolgimento del Parlamento e del Consiglio (e quindi degli Stati membri) qualora ricorrano i presupposti dell'art. 86, comma 3, del TCE (ex art. 90, comma 3). Nei casi in cui cioè sia necessario un intervento diretto della Commissione per garantire l'applicazione delle norme sulla concorrenza contenute nei Trattati¹⁷.

¹⁶ Le direttive di armonizzazione nel settore delle telecomunicazioni sono state adottate sulla base degli artt. 95 e 96 del TCE (ex artt. 100 e 100A) secondo due differenti procedure. Fino al 1993, infatti i Trattati istitutivi prevedevano che il procedimento iniziasse su proposta della Commissione europea e si concludesse con un'approvazione a maggioranza qualificata da parte del Consiglio. Con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht si è adottata nel settore delle telecomunicazioni la cd. procedura di co-decisione. Questa procedura, disciplinata dall'art. 251 TCE (ex art. 189 B) prevede, sempre, che l'iniziativa spetti alla Commissione europea, ed esige la partecipazione del Parlamento europeo e del Consiglio al procedimento decisionale. Sul meccanismo di partecipazione del Parlamento ed in particolare sul procedimento di co-decisione si è ormai in presenza di una cospicua dottrina. Si segnalano a mero titolo di documentazione, A. DASHWOOD, *Community Legislative Procedures in the Era of the Treaty on European Law*, in *European Law Review*, 1994, 343 ss.; ID, *Effectiveness and simplification of decision-making by the Council*, in AA.VV., *Reforming the Treaty on European Union. The legal debate*, Kluwer Law International, The Hague – Boston - London, 1996; R. Gosalbo-Bono, *Co-decision: an Appraisal of the Experience of the European Parliament as Colegislator*, in *Yearbook of European Law*, 1994, ss.; N. NAVARRO BATISTA, *Parlamento europeo y poder normativo en la Unión Europea*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2 ed., 1997, 159 ss.; C. REICH, *Le Traité sur l'Union européenne et le Parlement européen*, in *RMC*, 1992, 287 ss

¹⁷ Le direttive della Commissione sono uno strumento eccezionale perchè, in via generale i Trattati non prevedono che la Commissione europea abbia autonomi poteri normativi. In realtà le direttive ex art. 86 TCE sono formalmente uno strumento esecutivo ma sostanzialmente normativo. Cfr. A. BARTOSCH, *The Liberalisation of European Telecommunications and Broadcasting Markets. The Road from Monopolies to Competition and Universal Service*, cit., 71 ss., spec. 79-93; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, cit. In generale sul potere della Commissione europea di adottare decisioni e direttive cfr., J.P. SLOAT, *Article 90 Case Notes*, in *CMLR*, 1991, 964 ss.; E.J. MESTMÄCKER, *Staat und Unternehmen im europäische Gemeinschaftsrechts. Zur Bedeutung von Artikel 90 EWG-Vertrag*, in *Rabelszeitschrift*, 1988, 526 ss.; C. HOCEPIED, *Les directives articles 90 paragraphe 3: un espèce juridique en voie de disparition?*, in *Revue des affaires européenne*, n 2 del 1994, 49 ss. V. le considerazioni in questo medesimo capitolo, par. 3.

La specificità della liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni è rappresentata proprio dal fatto che esso è stato il solo settore in cui la Commissione ha fatto un uso continuo di tale potere, preferendo, invece, in altri campi, anch'essi rientranti nella categoria dei servizi di interesse economico generale, quali i servizi postali, gas ed elettricità, ferrovie e servizi aerei, perseguire l'obiettivo della liberalizzazione dei mercati e l'applicazione delle norme sulla concorrenza attraverso la predisposizione di iniziative normative di armonizzazione delle discipline nazionali e rimesse, quindi, per l'approvazione al Consiglio dei ministri ed al Parlamento secondo le modalità di partecipazione delle due Istituzioni previste dai Trattati¹⁸.

Da un punto di vista teorico va, infine, segnalato che le direttive di liberalizzazione e le direttive di armonizzazione adottate nel settore delle telecomunicazioni sembrano a prima vista perseguire obiettivi differenti. Le direttive di liberalizzazione, infatti, aboliscono e vietano le norme nazionali su cui si sorreggono i monopoli; le direttive di armonizzazione introducono, invece, una regolazione dei mercati al fine di promuovere la loro concorrenzialità, di mantenere condizioni di mercato competitive e di favorire l'ingresso di nuovi operatori.

Di qui una differenza concettuale tra due obiettivi diversi e, come è stato correttamente osservato, in perenne tensione ed equilibrio tra loro: l'introduzione della concorrenza e la regolazione dei mercati¹⁹. Un equilibrio indubbiamente delicato, quello tra concorrenza e regolazione, che non impedisce però di osservare che le direttive di liberalizzazione e le direttive di armonizzazione sono state nel settore delle telecomunicazioni strumenti tra loro complementari di un unico complessivo progetto volto alla liberalizzazione sostanziale del settore.

¹⁸ Cfr. sul differente approccio, C-M. CHUNG, *Article 90 of the Treaty of Rome in telecommunications, post, and air transport*, in *Revue européenne de droit public*, 1997, 41 ss. Per comprendere appieno la portata del potere normativo della Commissione è necessario considerarlo alla luce di quanto precedentemente affermato circa la nozione di servizio di interesse economico generale e circa il ruolo della Comunità nella definizione e nella disciplina di tali servizi. Infatti, proprio dall'interpretazione della deroga posta dal secondo comma dell'art. 86 TCE all'applicazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza, deriva tutta la problematica concernente il potere della Commissione di adottare direttive e decisioni vincolanti con cui abolire, passo dopo passo, i monopoli esistenti nei mercati degli apparecchi terminali, dei servizi e delle infrastrutture inerenti al settore delle telecomunicazioni. Cfr. A. BARTOSCH, *The liberalisation of European Telecommunications and Broadcasting Markets. The Road from Monopolies and Universal Service*, in C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.D. BRAUN, *EC Competition and Telecommunication Law*, cit., 71 ss.

¹⁹ Sulla differenza concettuale e sostanziale dell'approccio volto a introdurre concorrenza e regolazione si v., in particolare, la ricostruzione di R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, op. cit. *passim*.

6. La prima fase dell'intervento comunitario nel settore delle telecomunicazioni: la presentazione del Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni.

La prima fase dell'intervento normativo comunitario nel settore delle telecomunicazioni si aprì con la presentazione nel 1987 della Comunicazione della Commissione recante il *Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni*²⁰.

In questo Libro Verde la Commissione europea preannunciò tutta una serie di proposte normative che avrebbe adottato nel settore delle telecomunicazioni²¹. Gli interventi ivi previsti avrebbero dovuto spingere verso: a) la liberalizzazione del mercato attraverso l'abolizione dei diritti speciali o esclusivi, b) l'armonizzazione delle normative nazionali, c) l'integrale applicazione delle norme sulla concorrenza contenute nei Trattati.²²

Il Libro verde del 1987 pose, inoltre, in luce alcuni obiettivi concreti che avrebbero dovuto orientare, e che effettivamente orientarono, l'attività della Comunità europea nel settore delle telecomunicazioni per il successivo decennio. Questi obiettivi furono: a) la rapida apertura del mercato degli apparecchi terminali di telecomunicazione verso la piena concorrenza; b) il mutuo riconoscimento di *standard* tecnici per gli apparecchi terminali; c) la progressiva apertura dei mercati attinenti ai servizi ed alle reti di telecomunicazioni; d) la chiara separazione tra le funzioni di regolazione e le funzioni imprenditoriali; e) la predisposizione di condizioni di libero accesso a reti e servizi attraverso una cd. *Open Network Provision*²³.

L'importanza del Libro Verde del 1987 non è però dovuta solo all'indicazione

²⁰ Cfr. Com (1987) 290 del 30 luglio 1987.

²¹ Il progetto di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni illustrato nel Libro Verde della Commissione ha funzionato anche da volano per la prima liberalizzazione di altri mercati connessi a servizi pubblici quali quello dell'energia (dir. 90/547/CEE), poi più volte modificata), dei trasporti (prima del settore aereo con il reg. 87/3975/CEE, poi del settore ferroviario con la dir. 91/440/CEE) ed infine dei servizi postali (dir. 97/96/CE). Sul ruolo di indirizzo svolto in generale dalla Commissione Europea nelle politiche statali di privatizzazione e *deregulation*, cfr. per tutti P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, spec. 161 ss.

²² L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet*, cit., 3.

²³ Tali obiettivi furono successivamente inseriti in un calendario predisposto dalla Commissione per la liberalizzazione del settore che fu approvato insieme ai principi del Libro Verde del 1987 dal Consiglio con la *Resolution on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment up to 1992* (GUCE n. C 257/1 del 30 giugno 1988).

degli interventi normativi necessari alla liberalizzazione del settore, ma anche al metodo d'intervento che propone²⁴.

Un metodo che è indubbiamente fondato sia sulla concertazione tra le Istituzioni comunitarie sia sulla consultazione e sul coinvolgimento dei soggetti economici e sociali interessati dalle riforme proposte.

7. La direttiva di liberalizzazione degli apparecchi terminali di telecomunicazione e la previsione di standard tecnici comuni.

La direttiva della Commissione 88/301/CEE del 16 maggio 1988 fu il primo intervento normativo della Comunità europea nel settore delle telecomunicazioni²⁵. Con tale atto la Comunità europea avviò il processo volto all'abolizione, nel settore delle telecomunicazioni dei diritti speciali ed esclusivi: cioè, di quei diritti su cui si basano di norma le restrizioni all'esercizio di una determinata attività imprenditoriale²⁶.

In concreto, la direttiva 88/301 pose in capo agli Stati membri l'obbligo di provvedere alla soppressione dei diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese, sia pubbliche che private, al fine di commercializzare, di allacciare, di installare e di procedere alla manutenzione degli apparecchi terminali di telecomunicazioni²⁷.

²⁴ I Libri Verdi della Commissione sono stati gli strumenti preparatori con cui la Commissione ha, di volta in volta, sollevato le questioni su cui promuovere un dibattito. Tra questi rivestono una specifica importanza, in questa prima fase del processo di liberalizzazione, il *Satellite Green Paper (Commission Green Paper on a Common Approach in the Field of Satellite Communications in the European Community, COM (90) 490)*, il *Mobile Green Paper (Commission Green Paper on a Common Approach to mobile and personal communications in the European Union, COM (94) 145)*, l'*Infrastructure Green Paper (Commission Green Paper on liberalization of telecommunications infrastructures for telecommunications in the European Union, COM (93) 159)*.

²⁵ Pubblicata in GUCE n. L 131/73 del 27 maggio 1988. Per un'analisi puntuale della direttiva si rimanda a V. DI STEFANO, *Diritto delle telecomunicazioni. La normativa nazionale e comunitaria del settore delle telecomunicazioni, cit.*, 73 ss.; C. KOENIG, S. LOETZ, *Framework for Network, Access and Interconnection*, in C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.D. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunication Law, cit.*, 367.

²⁶ Da un punto di vista sistematico, i *considerando* che precedono l'articolato normativo della direttiva hanno reso esplicito un vero e proprio programma d'azione, dal momento che in più di un passaggio si è sostenuta la necessità di procedere all'abolizione dei diritti speciali e esclusivi come presupposto stesso di qualsiasi libertà di circolazione delle merci e di concorrenza nel settore delle telecomunicazioni.

²⁷ Tra le motivazioni che condussero a tale decisione devono essere considerate, in quanto sono una costante delle norme nel settore delle telecomunicazioni, le valutazioni sull'evoluzione tecnologica e sullo sviluppo economico che, comportando una rapida moltiplicazione dei tipi di terminali ed una multiforme utilizzazione, legittimano così il diritto degli utenti a scegliere secondo le proprie esigenze. Cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni, cit.*, 103 ss.

La direttiva della Commissione non si limitò però alla soppressione formale dei diritti speciali o esclusivi. Essa obbligò, anche, gli Stati membri a fornire alla Commissione un elenco di tutte le specifiche tecniche e di tutte le procedure di omologazione esistenti per l'allaccio alla rete pubblica nei singoli Paesi. Ciò al fine di consentire, al di là dell'abolizione formale del monopolio in tale specifico settore, alle imprese produttrici di poter organizzare la propria produzione di apparecchi terminali potendo facilmente conoscere le specifiche adottate nei singoli Paesi e le procedure di omologazione.

Inoltre, proprio per garantire la neutralità delle specifiche tecniche, l'art. 6 della direttiva 88/301/CEE stabilì che il controllo sulla loro formulazione e sulla loro omologazione, fosse rimesso nei singoli Stati ad un ente nazionale in posizione di indipendenza rispetto alle imprese (pubbliche o private) operanti nel settore delle telecomunicazioni.

Ciò significa che, già in questa prima fase, la Commissione europea indicò che il passaggio da un regime fondato sul monopolio pubblico ad uno di libero mercato avrebbe dovuto essere "governato" da un ente indipendente sia dal potere politico sia dal potere economico. Un ente avente sia il compito di assicurare l'imparzialità e la neutralità tecnica delle scelte di regolazione sia il compito di garantire che ad un sistema fondato su un monopolista pubblico non se ne sostituisse uno egualmente non concorrenziale, ma dominato da un monopolio o da un oligopolio privato²⁸.

La direttiva 88/301/CEE fu successivamente modificata dalla direttiva 94/46/CE²⁹ del 13 ottobre 1994, che ne ampliò l'oggetto estendendo i principi di liberalizzazione anche alle apparecchiature delle stazioni terrestri per i collegamenti via satellite.

L'armonizzazione delle discipline nazionali in questo caso non fu contestuale all'adozione delle direttive di liberalizzazione³⁰. Essa avvenne con la direttiva 91/263/CEE del 29 aprile 1991³¹ successivamente modificata e integrata dalla direttiva

²⁸ L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, cit., 11.

²⁹ Cfr. GUCE n. L 268/15 del 19 ottobre 1994.

³⁰ In precedenza si ritenevano applicabili anche al settore delle telecomunicazioni la direttiva 73/23/CEE del Consiglio del 19 febbraio 1973 concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al materiale elettrico e la direttiva 83/189/CEE del Consiglio del 28 marzo 1983 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche

³¹ GUCE n. L 128/1 del 23 maggio 1991.

93/68/CE del 22 luglio 1993 e dalla direttiva 93/97/CE del 29 ottobre 1993³². La normativa così risultante, più recentemente, è stata oggetto di unificazione in unico testo normativo attraverso l'approvazione della direttiva 99/5/CE del 9 marzo 1999³³. Questa direttiva, tuttora in vigore, è fondata sull'armonizzazione a livello europeo dei requisiti tecnici delle apparecchiature e delle procedure di omologazione delle stesse. Essa detta, dunque, una disciplina uniforme a livello comunitaria che riguarda sia le apparecchiature radio (radio e televisioni) sia le apparecchiature terminali di telecomunicazione (telefoni fissi e mobili) sia le apparecchiature per i collegamenti via satellite (parabole e *decoder*).

8. La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione e la prima armonizzazione delle discipline nazionali attraverso la creazione di una rete aperta.

Il salto di qualità nell'attività di liberalizzazione e di armonizzazione condotta nel settore delle telecomunicazioni dalla Comunità europea si ebbe quando dalla liberalizzazione delle apparecchiature di telecomunicazione si passò alla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione ed all'armonizzazione delle relative discipline nazionali.

Il processo di liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione e di armonizzazione delle discipline nazionali ebbe inizio con l'adozione nello stesso giorno di due distinti atti normativi: la direttiva di liberalizzazione della Commissione 90/388/CE e la direttiva del Consiglio 387/90/CE³⁴.

L'adozione contestuale delle due direttive mise subito in evidenza che l'obiettivo della Comunità europea nel campo dei servizi di telecomunicazione non fosse quello di provvedere ad un mera liberalizzazione "formale" attraverso l'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi concessi dagli Stati membri a determinate imprese bensì quello di spingere per una liberalizzazione sostanziale. Una liberalizzazione che non si limitasse, quindi, a consentire solo formalmente l'ingresso di nuove imprese, ma che promuovesse le condizioni per un'apertura sostanziale dei mercati, e quindi, l'ingresso di nuovi operatori. Per raggiungere questo obiettivo, l'armonizzazione delle discipline

³² GUCE n. L 290/1 del 24 novembre 1993.

³³ GUCE n. L 91/10 del 7 aprile 1999. Tale atto normativo è tuttora pienamente in vigore.

³⁴ Entrambi in GUCE n. L 192 del 24 luglio 1990 rispettivamente pag. 10 e pag. 1.

nazionali attraverso l'imposizione di regole comuni fu, quindi, un passaggio obbligato.

Questo perché la necessità di creare un ambiente giuridico europeo si presentò, fin dal primo momento, come il presupposto irrinunciabile per la completa transizione da un mercato dei servizi chiuso e dominato dai monopolisti nazionali ad un mercato aperto e concorrenziale su scala europea³⁵.

9. Segue. Le direttive di liberalizzazione adottate dalla Commissione Europea

La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione cominciata dalla Commissione con l'adozione della direttiva 90/388 fu inizialmente parziale. Infatti, tale direttiva mosse dalla distinzione tra servizi cd. riservati e servizi cd. non riservati. La categoria dei servizi riservati comprendente i servizi di base ed in particolare i servizi di telefonia fu, da principio, esclusa dal capo di applicazione della direttiva..

La liberalizzazione interessò quindi, in un primo momento, solo alcuni servizi telefonici rientranti nella categoria dei servizi "non riservati": tra questi i cd. servizi a valore aggiunto³⁶, i servizi di trasmissione dati, i servizi delle reti private di società e dei gruppi chiusi di utenti. Solo per pochi servizi, dunque, la Commissione dispose l'abolizione di tutti i diritti esclusivi concessi dagli Stati membri alle imprese nonché l'obbligo di rimuovere tutti gli ostacoli nazionali in grado di condizionare l'accesso degli operatori privati di telecomunicazione alla rete pubblica.

Inizialmente, quindi, l'impatto della direttiva 90/388 fu piuttosto ridotto. I servizi di telex, la radiotelefonia mobile, il radioavviso, le comunicazioni via satellite e, soprattutto, i servizi telefonici in applicazione della deroga prevista per i servizi di interesse economico generale nell'art. 86, comma 2, del TCE³⁷, non furono liberalizzati.

Progressivamente ed in maniera rapida, però, il campo d'applicazione della direttiva 90/388 fu esteso. Dapprima con la dir. 94/46/CE e con la dir. 95/51/CE ai

³⁵ Sul punto specifico, A.M. BALESTRERI, *Monopoli legali nei cd. settori esclusi: rispetto delle prerogative degli Stati membri o tutela effettiva della concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 482 ss.

³⁶ Si intendono come servizi a valore aggiunto i servizi che comportano funzioni supplementari offerte in aggiunta alle funzioni di base di instradamento.

³⁷ Sulla interpretazione troppo restrittiva data dalla direttiva ai servizi di telefonia vocale per cui rimangono esclusi quelli destinati al grande pubblico, cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, cit., 15-16.

servizi di telecomunicazione via satellite ed a quelli via cavo³⁸. Poi, con l'adozione della direttiva 96/2/CEE ai servizi di telefonia mobile. Infine, con l'adozione della direttiva 96/19/CEE, cd. direttiva *full competition*, si completò il processo di abolizione dei diritti esclusivi con riferimento anche ai servizi di telefonia fissa.

La direttiva *full competition* non si limitò, però, a portare a compimento la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione, ma intervenne anche sulle reti di telecomunicazione. Dispose, infatti, che fossero aboliti e vietati i diritti esclusivi e speciali fino a quel momento gravanti sulla costruzione di impianti e di reti di telecomunicazione. Questa previsione ebbe una straordinaria importanza in quanto aprì la strada alla costruzione ed all'installazione di reti private che in breve tempo si affiancarono alla tradizionale rete pubblica³⁹.

10. Segue. Le direttive di armonizzazione e la necessità di creare le condizioni per lo sviluppo di un mercato unico delle telecomunicazioni.

La direttiva 387/90/CE, adottata dal Consiglio sulla base dell' art. 100 A, del Trattato CEE, si propose l'obiettivo di operare un'armonizzazione delle normative degli Stati membri in materia di servizi di telecomunicazione.

Questa direttiva, comunemente detta direttiva *Open Network Provision* (d'ora in avanti si utilizzerà l'acronimo *ONP*), rappresentò una sorta di "direttiva quadro". Infatti, con essa la Comunità europea si propose l'obiettivo di creare un sistema regolamentare armonizzato a livello europeo in grado di garantire ed assecondare, attraverso lo sviluppo di una rete aperta di telecomunicazione, la progressiva liberalizzazione sostanziale dei servizi di telecomunicazione. A tal fine, l'aspetto realmente innovativo, introdotto dalla direttiva *ONP*, fu rappresentato dalla disciplina che regolò il diritto d'accesso alla rete pubblica per i fornitori privati di servizi.

Nello specifico, l'art. 3 della direttiva 387/90 stabilì che l'accesso alla rete pubblica dovesse essere permesso a tutti (fornitori privati, ma anche utenti) sulla base di criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori e che potesse essere limitato solo in

³⁸ Tale norma è importante, perché al di là del suo impatto che è direttamente proporzionale allo sviluppo del cavo nei singoli Paesi e quindi piuttosto limitato in Italia, rende possibile una prima convergenza tra le reti di telecomunicazione e quelle, per così dire, radiotelevisive, permettendo che attraverso i cavi della radiotelevisione possano essere offerti anche servizi di telecomunicazione.

³⁹ Cfr. sul punto, anche, C. KOENIG, S.LOETZ, *Framework for Network Access and Interconnection*, in C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.D. BRAUN, *EC Competition and Telecommunication Law*, cit., 415-416.

casi tassativamente indicati dalla direttiva stessa⁴⁰. La direttiva *ONP* per favorire il diritto d'accesso degli operatori privati individuò una serie di obblighi specifici ed asimmetrici gravanti sull'operatore di telecomunicazione proprietario delle rete pubblica.

Inoltre, la direttiva *ONP* ebbe il pregio di individuare un vero e proprio programma volto all'adozione di tutte quelle misure utili ad accompagnare la liberalizzazione del mercato attraverso l'armonizzazione delle discipline nazionali e ad evitare che i vecchi monopolisti, proprietari della rete di trasmissione, impedissero *de facto* l'entrata di nuovi operatori.⁴¹ In questo contesto, l'art. 4 e l'art. 7 della direttiva *ONP* segnarono la necessità di adottare ulteriori misure necessarie al progredire della liberalizzazione sostanziale del mercato dei servizi e, nello specifico, la necessità di provvedere all'armonizzazione dei procedimenti per il rilascio delle autorizzazioni e delle licenze alla fornitura di servizi di telecomunicazione.

Tutte le misure che furono poi adottate sulla base di tali intendimenti, fanno parte di un unico disegno normativo. Nello specifico ci si riferisce: a) alle direttive che estesero le previsioni *ONP* parallelamente all'estensione del campo d'applicazione della direttiva di liberalizzazione 388/90⁴²; b) alle direttive che segnarono il passaggio da un sistema in cui la concessione era l'unico titolo abilitativo all'esercizio dell'attività di fornitore di servizi di telecomunicazione ad un regime fondato sulle licenze e sulle autorizzazioni generali⁴³; c) alla disciplina dell'accesso alla rete

⁴⁰ I quattro casi che giustificavano il divieto d'accesso erano: a) la sicurezza ed il funzionamento della rete; il mantenimento dell'integrità della rete; c) l'interoperabilità dei servizi; d) la protezione dei dati personali.

⁴¹ La direttiva *ONP* è pubblicata in GUCE n. L 192/1 del 24 luglio 1990. In attuazione del programma di armonizzazione posto da tale direttiva, successivamente è stata adottata la dir. 97/13/CE (GUCE n. L 115/15 del 7 maggio 1997) che detta una disciplina comune in materia di autorizzazione generale e di licenze individuali.

⁴² Il primo intervento normativo ha riguardato l'estensione della *ONP* alle reti cd. affittate. La direttiva 92/44/CEE ha al riguardo disposto da un lato, l'obbligo per i gestori di telecomunicazioni titolari di diritti speciali o esclusivi di fornire un numero di linee affittate conformi a determinati standard tecnici e, da un altro lato, che i canoni d'affitto e le tariffe fossero stabilite nel rispetto dei principi tariffari e di calcolo dei costi posti dalla direttiva ed elaborati, poi, da enti nazionali indipendenti. Successivamente la direttiva 95/62/CE perseguendo l'obiettivo di accrescere la fornitura di servizi di telefonia locale su scala comunitaria, pur in un contesto ancora largamente dominato da diritti esclusivi o speciali, ha previsto l'accesso alle reti telefoniche pubbliche ed ai servizi telefonici pubblici, su base non discriminatoria e secondo condizioni di parità, per tutti gli utilizzatori, compresi i fornitori di servizi concorrenziali. Al contempo, in capo agli Stati era posto l'obbligo di garantire un'offerta armonizzata ed in linea con i principi della normativa europea e, specificamente, agli enti regolatori nazionali era rimesso il compito di definire gli obiettivi del servizio e di svolgere il controllo sulle prestazioni fornite sui mercati nazionali. Infine per inglobare le misure in tema d'interconnessione la direttiva di base *ONP* è stata modificata dalla direttiva 97/51/CE del 6 ottobre 1997 che ne ha allargato il campo d'applicazione, coerentemente con l'evoluzione normativa occorsa, tanto per ciò che riguarda i soggetti gestori quanto per ciò che attiene all'oggetto.

⁴³ Con la direttiva 97/13/CE, cd. direttiva autorizzazioni, la Comunità codificò i principi volti ad

pubblica ed alla disciplina dell'interconnessione tra reti di proprietà di gestori diversi che seguì la liberalizzazione delle reti di trasmissione ⁴⁴; d) alla disciplina degli obblighi di servizio universale.

Pur trattandosi di interventi tra loro eterogenei, adottati in momenti diversi e per affrontare differenti problematiche, essi ebbero tutti in comune il medesimo obiettivo di fondo: quello di garantire (e di mantenere) attraverso la regolazione lo sviluppo ordinato di un mercato concorrenziale ed efficiente. Una regolazione che dovette cercare di essere per un verso stringente, in quanto chiamata a correggere gli squilibri esistenti tra ex monopolisti e nuovi operatori privati attraverso l'imposizione di obblighi asimmetrici, e per un altro verso flessibile e semplificata, al fine di non scoraggiare l'ingresso nel mercato di nuovi operatori.

armonizzare i criteri e le procedure per consentire l'ingresso di nuovi operatori nel mercato delle telecomunicazioni. Posto, infatti, che con il termine autorizzazione si intendono sia le autorizzazioni generali sia le licenze individuali, la direttiva definisce l'autorizzazione generale come un'autorizzazione quadro mentre la licenza individuale è un provvedimento abilitante specifico. Sulla base del principio di proporzionalità ed in quanto meno onerosa, si stabilisce che in generale gli Stati membri debbano preferire lo strumento dell'autorizzazione generale, al contrario le licenze individuali diventano l'eccezione, vale a dire che possono essere rilasciate solo in un numero tassativo di casi enunciati dalla direttiva stessa. Dall'esame di tali casi emerge che l'utilizzo della licenza individuale è permessa qualora il beneficiario abbia così accesso allo sfruttamento ed all'utilizzo di risorse scarse oppure sia soggetto di specifiche obbligazioni o diritti.

⁴⁴ La necessità di garantire l'interconnessione tra le reti di proprietà di gestori diversi è un fenomeno che nasce in relazione alla liberalizzazione degli impianti e delle reti di telecomunicazione e, quindi, come si è visto in una fase leggermente successiva rispetto all'inizio della liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione. Il provvedimento che, a livello comunitario, interviene su tale specifico problema è la direttiva 97/33/CEE del 30 giugno 1997, che detta una nuova organica disciplina dell'interconnessione e delle condizioni di accesso. L'interconnessione tra le reti, intesa come capacità e possibilità degli operatori di utilizzare per l'erogazione dei propri servizi reti di proprietà di gestori diversi rappresenta l'elemento determinante nella creazione di un mercato delle telecomunicazioni concorrenziale. Infatti, fino a quando negli Stati membri si era mantenuto un monopolio pubblico delle infrastrutture, gli obblighi di garantire l'accesso erano stati posti in capo unicamente al gestore del monopolio. Ciò che caratterizza, invece, la direttiva 97/33 è il fatto di regolare l'interconnessione come fenomeno strutturale e di estendere il campo applicativo degli obblighi che precedentemente gravavano solo sui monopolisti anche sui soggetti che godono di un "rilevante potere di mercato". Sulla base del 6° considerando della direttiva 97/33 la notifica della posizione di significativo potere di mercato scatta qualora si detenga una quota superiore al 25 % di un mercato del settore delle telecomunicazioni in un determinato territorio nazionale. L'interconnessione deve però pur sempre avvenire sulla base di una negoziazione tra gestori ed operatori; tuttavia, la direttiva prevede sia che debbano essere rispettati i principi di non discriminazione e trasparenza nella negoziazione sia che l'interconnessione debba avvenire nel rispetto delle norme tecniche europee coordinate a livello internazionale, sia ancora che i prezzi e le tariffe siano calcolati in maniera tale rispettare i principi della trasparenza, dell'orientamento dei costi e della proporzionalità.

11. Il servizio universale nel contesto normativo introdotto a livello europeo nel settore delle telecomunicazioni.

Tra gli obblighi asimmetrici posti, in una prima fase, a carico dei soggetti ex monopolisti, un particolare rilievo spetta ai cd. obblighi di servizio universale. L'idea alla base del concetto di servizio universale è quella di assicurare la fornitura di un servizio di buona qualità per tutti i cittadini ad un prezzo accessibile.

La nozione di servizio universale è stata elaborata a livello comunitario proprio nel settore delle telecomunicazioni. Gli obblighi di servizio universale sono stati in questo settore intesi come “un insieme minimo di servizi di determinata qualità (...) disponibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e (...) ad un prezzo accessibile”⁴⁵ che gli operatori del settore delle telecomunicazioni devono garantire. L'imposizione di tali obblighi ha avuto lo scopo di assicurare a tutti i cittadini tutti quei servizi di telecomunicazione che, prima dell'avvio del processo di liberalizzazione, erano considerati essenziali ed erogati dal monopolista pubblico⁴⁶.

L'imposizione di specifici obblighi di servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, in una prima fase, fu estremamente disorganica. Questo perché obblighi specifici a vario titolo rientranti tra gli obblighi di servizio universale furono inizialmente determinati in maniera non sistematica man mano che si procedette alla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. art. 2, comma 1, lett. g) della direttiva 97/33/CE. Sulla nozione di servizio universale, cfr. nella dottrina italiana, i saggi contenuti in S. FROVA (a cura di), *Nozione ed evoluzione del Servizio Universale nelle telecomunicazioni*, Giuffrè, Milano 1999; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; F. CASTELLI, *Il servizio universale nelle telecomunicazioni*, Franco Angeli, Milano, 1997; F. SAMPERI, *Il servizio universale: concorrenza versus regolamentazione*, in C. VACCA (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica*, EGEA, Milano, 1999, 51 ss.; A. VALASTRO, *Il servizio universale, fra libertà di comunicazione e diritto all'informazione*, in *DRT*, n. 1, 1999, 56 ss.; una posizione peculiare, in quanto ritiene gli obblighi di servizio universale sostanzialmente inutili in quanto non è interesse degli operatori escludere alcuno dal servizio, è quella espressa da S. CASSESE, *La retorica del Servizio Universale*, in S. FROVA (a cura di), *Nozione ed evoluzione del Servizio Universale nelle telecomunicazioni*, cit., 91ss.

⁴⁶ L'enucleazione di una nozione di servizio universale è stata considerata sin dal 1993 un elemento imprescindibile per l'estensione del processo di liberalizzazione. Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 aprile 1993* (Doc. A3-0113/93). Il documento, però, che mostra in maniera forse più esauriente le strategie europee è la Comunicazione della Commissione del 13 marzo 1996, (COM (96) 73 final), intitolata *Il servizio universale di telecomunicazioni nella prospettiva di un contesto pienamente liberalizzato. Un elemento essenziale della Società dell'informazione*.

⁴⁷ Cfr. gli obblighi posti dalla dir. 95/62/CE sull'applicazione della ONP alla rete di telefonia vocale e la direttiva 97/33/CE che individua obblighi di servizio universale in relazione alle disposizioni che regolano l'accesso e l'interconnessione in maniera tale da ripartire i costi dei servizi tra i diversi operatori di telecomunicazione, e,

Solo con la direttiva 98/10/CE del 14 gennaio 1998, si ebbe una prima sistematizzazione ed una razionalizzazione del quadro normativo sul servizio universale che si era fino a quel momento stratificato⁴⁸. In particolare la direttiva 98/10: a) offrì una nuova e più precisa definizione di servizio universale; b) dispose l'indipendenza della localizzazione dell'utente dalla qualità del servizio e dal prezzo (che avrebbe dovuto comunque essere abbordabile)⁴⁹; c) dettò una pluralità di disposizioni riguardanti i diritti degli utenti⁵⁰; d) obbligò gli Stati a regolare meccanismi speciali di finanziamento del servizio universale⁵¹.

A livello sistematico, l'imposizione di "obblighi di servizio universale" rappresentò una tappa importante ed imprescindibile del processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni. Gli obblighi di servizio universale nacquero, infatti, per contemperare l'apertura alla concorrenza con la necessità di assicurare, anche in un settore in via di liberalizzazione, un nucleo minimo di servizi agli utenti. In questo contesto, dunque, gli obblighi di servizio universale rappresentarono allora, e rappresentano tuttora, una garanzia per i cittadini.

Detto in altri termini, gli obblighi di servizio universale previsti dalla normativa comunitaria non furono posti a tutela della concorrenza, ma a tutela dei cittadini. In questo senso tali obblighi si sono dimostrati nel tempo complementari ad una riorganizzazione delle forme d'intervento dello Stato che fa fronte ai propri obblighi "costituzionali" non più attraverso la gestione diretta o indiretta delle *public utilities*, ma esercitando una funzione di tutela dei cittadini attraverso l'imposizione di regole. Una regolazione che deve essere "sussidiaria" rispetto alla capacità dei mercati di autoregolarsi, ma che deve, comunque, garantire l'offerta di una gamma di prestazioni e di servizi di base adeguata alle esigenze dell'utenza⁵².

soprattutto, la direttiva 97/51/CE che individua, intervenendo a modificare la direttiva ONP 90/387/CE, le condizioni di fornitura di una rete aperta di telecomunicazione che devono garantire il servizio universale in quanto strumentale alla coesione sociale ed economica della Comunità.

⁴⁸ Pubblicata in GUCE n. L 101/24 del 26 febbraio 1998.

⁴⁹ Cfr., in particolare nella direttiva 98/10/CE, il 3° Considerando e l'art. 2, comma 2, lett. f che definisce il servizio universale come "un insieme minimo di servizi, di una data qualità, a disposizione di tutti gli utenti, indipendentemente dalla localizzazione geografica e offerto, in funzione delle specifiche condizioni nazionali, ad un prezzo abbordabile"

⁵⁰ Si segnalano tra l'altro le disposizioni contenute nell'art. 8 della dir. 98/10 concernenti gli utenti disabili.

⁵¹ Art. 4 della direttiva 98/10/CE.

⁵² Così, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., 181.

Si tratta cioè, come è stato correttamente osservato, di un tipico problema dello Stato regolatore moderno che si trova in bilico tra le richieste delle istituzioni internazionali, che impongono o spingono verso l'adozione di provvedimenti di liberalizzazione che accompagnino la globalizzazione dei mercati, e la necessità di salvaguardare delle reti di protezione che assicurino un livello di giustizia sociale tale da garantire ad ogni cittadino un livello di prestazioni sociali commisurato ai paradigmi costituzionali⁵³.

La novità sostanziale che è scaturita dall'imposizione nel settore delle telecomunicazioni di obblighi di servizio universale a livello comunitario sta però nel fatto che il problema è stato affrontato non da ciascuno Stato in maniera autonoma, ma decisa insieme a livello comunitario e, poi, contrattata dalla Comunità europea a livello internazionale, ad esempio, in sede di WTO.

In questo contesto, quindi, gli obblighi di servizio universale sono il risultato di una nuova strategia, tuttora in divenire⁵⁴, caratterizzata dall'attenzione che la Comunità europea, in maniera coerente con un progetto più generale che coinvolge l'intero apparato istituzionale dell'Unione, sembra rivolgere decisamente, anche nel settore della comunicazione agli utenti, cioè ai cittadini che usufruiscono dei servizi⁵⁵.

Ciò si lega strettamente con quanto si è osservato a livello ordinamentale circa le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam in materia di servizi di interesse economico generale e con l'attrazione di questi servizi nell'orbita comunitaria, testimoniando concretamente lo spostamento dell'ambito "di intervento della Comunità dal mercato ai bisogni sociali"⁵⁶.

Il settore delle telecomunicazioni è in questo senso quindi paradigmatico sia

⁵³ Cfr. riguardo a tale problema le tesi di J.E. STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents*, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2002.

⁵⁴ Si veda sul punto l'*Audizione* del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, E. CHELI, del 30 maggio 2002 presso la IX Commissione trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera dei deputati. In particolare si rimanda alle considerazioni svolte in quella sede circa la nuova fase dell'armonizzazione dei mercati, considerata non a caso più matura e ricca di nuove suggestioni rispetto alla fase della liberalizzazione forzata degli stessi.

⁵⁵ Si vedano su questo punto, in una prospettiva più ampia e con particolare riferimento all'azione riformatrice posta in essere dall'U.E. ed incidente direttamente sulle posizioni giuridiche dei cittadini, in particolare le osservazioni di P. BILANCIA, *Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive*, in A. CATELANI e S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, 311 ss.

⁵⁶ Così, D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in *Servizi pubblici concorrenza diritti*, cit., 128.

perché è quello in cui la nozione di servizio universale è stata utilizzata per la prima volta sia perché è il settore in cui l'elaborazione giuridica degli obblighi di servizio universale è maggiormente approfondita e sia, soprattutto, perché mostra come la Comunità intervenga concretamente a selezionare gli obblighi normativi da imporre agli operatori di telecomunicazione per il perseguimento di interessi di carattere generale.

12. L'apertura di una nuova fase. L'attrazione del settore radiotelevisivo nella policy delle telecomunicazioni

Il processo di liberalizzazione finora descritto ebbe come obiettivo solamente le reti ed i servizi di telecomunicazione. I servizi radiotelevisivi e le reti utilizzate per veicolare le trasmissioni televisive furono, infatti, sempre espressamente escluse dal campo di applicazione delle direttive comunitarie fin qui esaminate.

Di conseguenza solo poche questioni, non prive comunque di una certa rilevanza e riguardanti la libera circolazione delle opere radiotelevisive, i limiti alla pubblicità commerciale e la tutela dei minori furono disciplinate a livello comunitario⁵⁷.

La scelta di non sottoporre i servizi radiotelevisivi alle regole della concorrenza permise, dunque, che i singoli Paesi europei dettassero discipline separate e divergenti nei due settori della comunicazione: quello radiotelevisivo e quello delle telecomunicazioni. Tuttavia i presupposti per un loro riavvicinamento normativo furono posti già nel 1993 dalla Commissione europea guidata da Jacques Delors, con

⁵⁷ La direttiva 89/552/CEE, cd. "direttiva televisione senza frontiere" approvata il 3 ottobre 1989 (pubbl. in GUCE n. L 298/23 del 17 ottobre 1989) e modificata dalla dir. 97/36/CE del 30 giugno 1997 (pubbl. in GUCE n. L 202/60 del 30 luglio 1997), pur accogliendo le attività televisive nella nozione di servizio, ai sensi dei Trattati istitutivi, non sottopone gli operatori televisivi alle norme sulla concorrenza. Cfr. sul tema A. TIZZANO, *La direttiva CEE sulla «televisione senza frontiere»*, in *Foro It.*, 1990, IV, 92 ss.; G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *La disciplina comunitaria delle attività televisive: recenti sviluppi in tema di tutela del pluralismo e la revisione della direttiva «senza frontiere»*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXVIII, cit., 475 ss. Sulle ipotesi di ulteriore riforma della direttiva, si rimanda a R. MASTROIANNI, *Convergenza e disciplina dei contenuti: verso la seconda revisione della direttiva "TV senza frontiere"*, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 51 ss. Sul ruolo della direttiva CEE nel sistema italiano si rimanda alle interessanti annotazioni di V. CUFFARO, *La direttiva CEE sulla TV: un primo passo verso la disciplina del «caos nell'etere» italiano*, in *Dir. informaz. informat.*, 1990, 291 ss. e di G. ROLLA, *La disciplina comunitaria dei servizi televisivi*, in , 1991, 223 ss. Molto recentemente la Commissione europea al fine di precisare l'applicazione delle disposizioni della direttiva rispetto alle nuove prassi commerciali ed alle nuove tecniche pubblicitarie ha rilasciato la *Comunicazione interpretativa della Commissione relativa a taluni aspetti della direttiva "Televisione senza frontiere" riguardanti la pubblicità televisiva*. La Comunicazione è pubblicata in GUCE n. C102/2 del 28 aprile 2004.

la pubblicazione del Libro bianco, *Crescita, competitività, occupazione: le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*⁵⁸. Nel Libro Bianco del 1993 la Commissione europea, infatti, prese atto che le più recenti trasformazioni tecnologiche avrebbero reso il quadro normativo in via di completa elaborazione nel settore delle telecomunicazioni rapidamente obsoleto e non adeguato a sostenere la crescita e lo sviluppo della società dell'informazione.

Le considerazioni e le preoccupazioni espresse dalla Commissione europea nel Libro Bianco furono immediatamente poste all'ordine del giorno del Consiglio europeo che si tenne a Bruxelles nel dicembre del 1993. In tale consesso, si decise di affidare ad un gruppo di esperti l'incarico di presentare una relazione che individuasse le specifiche misure necessarie. Lo studio che seguì, il *Rapporto su l'Europa e la Società dell'Informazione globale* (meglio conosciuto come *Rapporto Bangemann*), fu presentato al Consiglio europeo di Corfù del giugno del 1994⁵⁹. L'ambizioso piano d'azione presentato ebbe il pregio di considerare per la prima volta in modo unitario i differenti settori della comunicazione.⁶⁰ Non si era, dunque, ancora giunti alla completa liberalizzazione di tutti i servizi di telecomunicazione che la convergenza tecnologica e l'irrompere della società dell'informazione resero necessaria l'apertura di una nuova stagione di riforme⁶¹.

Una nuova fase della politica comunitaria non più limitata al solo settore delle telecomunicazioni, ma aperta al più ampio tema della costruzione di un sistema della

⁵⁸ Cfr. Commissione europea, *Libro bianco, crescita, competitività, occupazione: le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, Doc. COM (93) 700 def., 5 dicembre 1993, Bruxelles. Una parte importante del *Libro bianco* della Commissione era dedicata all'analisi del ruolo che i servizi e le infrastrutture dell'informazione hanno nella crescita economica, nel rafforzamento di un mercato competitivo e nella creazione di nuovi mercati e lavori. L'interesse della Comunità non poteva più, secondo la Commissione, limitarsi agli strumenti tipici delle telecomunicazioni, ma doveva estendersi a tutti gli strumenti di comunicazione idonei allo sviluppo della società dell'informazione, compresi quindi quelli radiotelevisivi.

⁵⁹ Il Rapporto su l'Europa e la Società dell'Informazione fu redatto da una commissione di lavoro presieduta da Martin Bangemann e di cui facevano parte per l'Italia Romano Prodi e Carlo De Benedetti. Il Rapporto elaborato rappresentava la risposta europea all'idea delle cd. autostrade dell'informazione proposta dal vice Presidente americano Al Gore. Il rapporto Bangemann è attualmente disponibile tradotto in italiano sul sito del Ministero delle comunicazioni all'indirizzo www.comunicazioni.it/it/index.php?Mn1=4&Mn2=65. Le conclusioni del Consiglio europeo di Corfù sono a loro volta consultabili all'indirizzo http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/00150.14.htm

⁶⁰ Il Rapporto Bangemann individuò un duplice obiettivo per la Comunità europea: a) proseguire la liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture, la normalizzazione tecnica, la creazione di reti trasmissive interconnesse ed indifferenti rispetto ai servizi trasportati; b) predisporre le misure di promozione della società dell'informazione intesa nel suo complesso

⁶¹ Cfr. *supra* Cap. I, parr. 4 e 5

comunicazione in grado di sfruttare al meglio i progressi tecnologici ed i processi di convergenza in atto nei settori della comunicazione⁶²

13. Segue. I presupposti della nuova normativa europea in materia di comunicazioni elettroniche.

L'inizio del nuovo processo di riforma si ebbe concretamente nel dicembre del 1997 con la presentazione da parte della Commissione di un nuovo Libro Verde significativamente intitolato, *Libro verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative*⁶³. L'analisi della Commissione individuò come punto di partenza la necessità di definire un quadro normativo che disciplinasse la convergenza tra il settore delle telecomunicazioni e quello radiotelevisivo e stimolasse la crescita e l'accesso di nuovi soggetti al nuovo mercato in via di formazione. Di qui la necessità di procedere ad una *re-regulation* quanto più possibile uniforme a livello comunitario.

⁶² Al fine di affrontare le trasformazioni strutturali che il Rapporto Bangemann poneva in evidenza iniziò da parte delle Istituzioni europee una fase di studio piuttosto articolata. Nel luglio del '94, la Commissione adottò il Piano d'Azione intitolato *La via europea verso la Società dell'Informazione*. Successivamente nel 1996, in occasione del vertice di Dublino, il Piano d'Azione venne rivisto al fine di elaborare nuove politiche, in particolare attraverso l'individuazione concreta di quattro linee operative: migliorare il contesto commerciale (attraverso il completamento della liberalizzazione delle telecomunicazioni e del mercato interno); investire nel futuro (migliorare, cioè, l'istruzione e la formazione al fine in particolare di attenuare il *gap* di conoscenza); porre al primo posto i cittadini (potenziare cioè l'integrazione europea rispetto alla tutela degli interessi dei consumatori ed attraverso il miglioramento dei servizi pubblici) ed affrontare la sfida globale (concorrere cioè attivamente a definire regole su scala globale). Per iniziare a rispondere ad alcune di queste priorità, la Commissione ha presentato una serie di atti. Innanzitutto, la Comunicazione su *L'impatto della Società dell'Informazione sulle politiche dell'Unione europea - le prossime tappe*. Il documento riveste una specifica importanza pratica in quanto getta le basi per il processo di adeguamento del Piano d'Azione. In secondo luogo il Libro Verde *Vivere e lavorare nella Società dell'Informazione: al primo posto i cittadini (1996)*, inteso ad approfondire il dialogo politico, sociale e civile sugli aspetti della Società dell'Informazione che assumono maggiore importanza a livello sociale e a livello dell'organizzazione della società. Inoltre, la Comunicazione su *La normalizzazione nella Società dell'Informazione*, che analizza come creare le condizioni più appropriate per l'elaborazione delle norme tecniche necessarie agli obiettivi desiderati. Infine, la Comunicazione della Commissione su *La dimensione sociale ed il mercato del lavoro in relazione alla Società dell'Informazione del 1997*, in cui vengono sintetizzati i progressi fatti per integrare la dimensione sociale nello sviluppo delle politiche finalizzate allo sviluppo della Società dell'informazione. Tale ultimo documento, nell'analizzare le potenzialità occupazionali della Società dell'Informazione individua una serie di punti critici. Essi sono: la carenza di manodopera specializzata nell'industria delle ICT, il basso grado di appropriazione delle nuove tecnologie da parte delle PMI, e, soprattutto il ruolo delle amministrazioni regionali e locali. In particolare queste ultime vengono chiamate a sostenere le PMI nelle strategie di espansione delle potenzialità a livello di manodopera specializzata e di dotazioni tecnologiche. *L'Iniziativa Regionale per la Società dell'Informazione (RISI)*, *l'Obiettivo 4*, i progetti *ADAPT-BIS*, *LEADER* e *LEONARDO* sono alcune delle iniziative di sostegno predisposte dalla Comunità e volte ad aiutare le PMI in questa sfida.

⁶³ Cfr. COM (1997) 623 del 3 dicembre 1997.

Una nuova regolazione ormai non più condizionata dalla necessità di liberalizzare mercati dominati da monopolisti e che ora, dunque, avrebbe dovuto essere prevalentemente fondata su un'efficace politica della concorrenza piuttosto che sulla regolazione dei mercati⁶⁴.

Il Libro Verde del 1997 indicò diverse opzioni di sviluppo⁶⁵. Tra di esse prevalse un modello innovativo fondato sull'abbandono delle distinzioni verticali tra radiotelevisione e telecomunicazioni e sulla conseguente creazione di un unico sistema normativo: il sistema della comunicazione elettronica. Un sistema non più dunque separato per settori ma articolato orizzontalmente in reti, servizi e contenuti⁶⁶.

La svolta che portò all'adozione delle proposte normative si ebbe solo dopo l'insediamento della Commissione presieduta da Romano Prodi, con la Comunicazione *Review 1999 "Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati – Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni"*⁶⁷.

I contenuti della *Review 1999* entrarono a far parte di una nuova Comunicazione della Commissione europea contenente il cd. *Piano d'azione e-Europe. Una società*

⁶⁴ Cfr. G.A. BERMAN, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa*, in G.TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2000, 26 ss. Su questo punto e sulle interconnessioni con la riforma dell'Unione Europea si vedano le suggestive considerazioni nei contributi di A. QUADRIO CURZIO, *Introduzione: riflessioni per una Costituzione economica europea* e di G. COLANGELO, *La politica di concorrenza e di tutela del mercato*, entrambi in A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, rispettivamente 19 ss. e 431 ss.

⁶⁵ Il Libro Verde propose tre possibili modelli operativi: a) il primo modello si basava su un approccio minimale volto a conservare i precedenti modelli normativi rimettendo all'attività interpretativa della Commissione e della Corte la risoluzione dei nuovi problemi legati alla convergenza; b) il secondo modello si fondava sull'elaborazione di una disciplina *ad hoc* per i servizi convergenti e sul mantenimento delle normative vigenti nel campo delle telecomunicazioni e della radiotelevisione; c) il terzo modello optava decisamente per una nuova normativa unitaria in materia di reti e servizi che sostituisse le distinzioni verticali tra telecomunicazioni e radiotelevisione. Cfr. F. DONATI, *Il libro verde sulla convergenza ed il nuovo approccio regolamentare della Commissione nell'era dei servizi*, Intervento al Seminario di Studi sulla regolamentazione tenutosi a Capri il 14-18 ottobre 2002, pubblicato sul sito dell'AGCom, p. 7-8.

⁶⁶ IBIDEM.

⁶⁷ Nella *Review 99* la Commissione europea dopo aver analizzato il grado di liberalizzazione raggiunto nel settore delle telecomunicazioni ed osservato che la convergenza era ormai molto più che un'opzione tracciò le linee portanti del suo intervento: da un lato ricomporre a sistema l'eterogenea normativa comunitaria in materia di telecomunicazioni, da un altro lato porre le basi per uno sviluppo convergente di un nuovo settore, quello delle comunicazioni elettroniche. Cfr. COM (1999) 539. Sulla *Review 1999* si aprì una consultazione pubblica i cui risultati vennero sintetizzati nella Comunicazione della Commissione del 26 aprile 2000. I risultati della consultazione pubblica sono pubblicati nella *Comunicazione* della Commissione del 26 aprile 2000 recante i *"Risultati della consultazione pubblica sull'esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni e orientamenti per il nuovo quadro normativo"*, in COM (2000) 239.

dell'informazione per tutti e destinata al Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000⁶⁸.

L'accoglienza molto positiva che il *Piano d'azione* ricevette a Lisbona si concretizzò nella richiesta del Consiglio europeo alla Commissione di accelerare le procedure legislative dichiarando, in particolare, prioritarie quelle iniziative intese a disciplinare le comunicazioni elettroniche⁶⁹.

Il 29 giugno del 2000, il Consiglio europeo di Feira diede il via libera alla Commissione europea per avviare formalmente il procedimento legislativo. Ciò avvenne il 1° luglio 2000, attraverso la presentazione di un "pacchetto normativo" destinato a diventare solo due anni più tardi il quadro giuridico europeo delle cd. comunicazioni elettroniche.

14. La nuova disciplina comunitaria del sistema delle comunicazioni elettroniche: il Framework 2002.

Il nuovo quadro normativo, *cd. Framework 2002* è stato approvato al termine di un procedimento normativo complesso caratterizzato da un ampio coinvolgimento delle Istituzioni comunitarie, degli Stati membri e degli operatori di telecomunicazione. Infatti, esso deriva, come si è osservato, dalla traduzione normativa delle linee guida contenute nel Libro Verde del 1997, dagli orientamenti espressi dalla Commissione nella 1999 *Review*, dai risultati di un'ampia consultazione pubblica e dalle indicazioni ricevute dai Consigli europei di Lisbona e di Feira.

Il *Framework 2002* si compone di cinque direttive d'armonizzazione approvate dal Parlamento europeo e dal Consiglio; di una direttiva della Commissione, di una decisione adottata ex art. 95 del TCE e di un regolamento, che pur approvato in precedenza, è parte integrante del nuovo sistema normativo. Questi atti normativi

⁶⁸ Nel Piano d'Azione presentato dalla Commissione europea volto a favorire lo sviluppo della società dell'informazione si tracciano le linee di una complessa iniziativa, concernente sia proposte normative sia misure di sostegno economico in materia di comunicazioni elettroniche. Cfr. *Comunicazione della Commissione europea* dell'8 dicembre 1999, in COM (1999) 687 *final*.

⁶⁹ Il Consiglio europeo di Lisbona ha messo in atto una complessa strategia di durata decennale volta a trasformare il mercato europeo in maniera da renderlo competitivo alla luce delle profonde trasformazioni in atto. Si v. in proposito, innanzitutto, le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23/24 marzo 2000 pubblicate sul sito web del Consiglio stesso all'indirizzo www.europa.eu.int/council/off/conclu/mar2000/mar2000_en.pdf. Inoltre, l'attuazione della cd. Strategia di Lisbona è monitorata annualmente dalla Commissione Europea ed è stata oggetto di verifiche nel corso di numerosi Consigli europei. I *reports* sono pubblicati all'url www.europa.eu.int/comm/lisbon_strategy/reports/index_en.html

sostituiscono circa venticinque atti normativi precedentemente in vigore⁷⁰. Più specificamente questo nuovo complesso normativo è composto da: le direttive 2002/21/CE (cd. direttiva quadro)⁷¹, 2002/19/CE (direttiva accesso)⁷², 2002/20/CE

⁷⁰ La dottrina sul *Framework* 2002 è ormai piuttosto cospicua. Si segnalano, tra i lavori di carattere generale, in particolare i saggi in C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.D. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, cit., ed ivi specialmente J-D BRAUN, R. CAPITO, *The Emergence of EC Telecommunications Law as a New Self-Standing Field within Community Law*, 51 ss.; ID, *The Framework Directive*, 309 ss.; C. KOENIG, A. NEUMANN, *The European Regulatory Framework for the Administration of Scarce and Finite Resources*, 511 ss. Si v., inoltre, P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, cit.; D. GERARDIN, M. KERF, *Controlling Market Power in Telecommunications*, Oxford University Press, Oxford, 2003; I DOBBS, P. RICHARDS, *Innovation and the New Regulatory Framework for Electronic Communications in the E.U.*, in *E.C.L.R.*, 2004, 716 ss. Nella dottrina italiana si v. i contributi in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Torino, 2003 ed ivi in particolare G. MORBIDELLI, *Introduzione*, V ss.; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, 33 ss.; F. DENOZZA, *L'applicazione delle regole di concorrenza nel campo delle telecomunicazioni*, 93 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, 105 ss. Cfr. anche i saggi in R. PEREZ (a cura di), *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004. Cfr. i paper e gli studi pubblicati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e le relazioni ai Convegni ed ai Seminari organizzati dall'Autorità stessa (indirizzo www.agcom.it/eventi/eventi.htm). In particolare gli interventi di E.M. NOAM, *Convergence: Theory and Reality*; C. HOCEPIED, *Ex post and ex ante regulation in the convergent market*; D. D'ANGELO, *Convergenza tecnologica e società dell'informazione: la regolamentazione dei servizi e dei contenuti nella convergenza nel* al Convegno *Convergenza tecnologica e Società dell'Informazione* tenutosi a Capri dal 22 al 27 ottobre 2001. Nella medesima sezione gli interventi M. MONTI, *Lectio magistralis*; F. DONATI, *Il libro verde sulla convergenza ed il nuovo approccio regolamentare della Commissione nell'era digitale*; A. DE STREEL, *La transizione al nuovo quadro regolamentare: cosa cambia con le nuove direttive*; R. MASTROIANNI, *Il quadro regolamentare per i servizi audiovisivi: la pubblicità e la promozione delle opere audiovisive* e G. DE MINICO, *Regolamentazione dell'Autorità e soft law dei regolati*, al Seminario di studio, *L'evoluzione della regolamentazione comunitaria nel settore delle comunicazioni*, svoltosi a Capri il 14-18 ottobre 2002. Infine, v. l'intervento di C. HOCEPIED, *Le implicazioni derivanti dall'implementazione della direttiva quadro nel seminario, Armonizzazione delle regole nella convergenza dei mercati tra TLC, Editoria e Audiovisivo*, tenutosi a Roma il 29 ottobre 2002. Sempre sul nuovo corpo normativo comunitario v. anche le relazioni annuali dell'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro per gli anni 2003 e 2004*. (Recentemente v. i contributi presentati al Convegno su *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario* organizzato dalla Fondazione Alberto Predieri e tenutosi a Firenze il 23 aprile 2004 ed in particolare F. MERUSI, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*; P. CARETTI, *L'ordinamento delle comunicazioni tra Comunità europea, Stato e Regioni*; S. CICCOTTI, *La convergenza tecnologica*; M. CLARICH, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni*; F. DENOZZA, *L'impresa con significativo potere di mercato e i suoi obblighi*; F. DONATI, *L'accesso alle reti e ai contenuti*; A. PERRUCCI *Le analisi di merito previste dal nuovo quadro regolamentare: prime considerazioni di carattere economico e regolamentare* L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Comunicazioni elettroniche e "modernizzazione" del diritto di concorrenza* V. ZENO ZENCOVICH, *I rapporti tra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo* R. MASTROIANNI, *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*; E. CHELI, *Conclusioni*. Gli Atti del Convegno sono in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli e attualmente disponibili in versione provvisoria all'indirizzo internet www.cesifinalbertopredieri.it).

⁷¹ Direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002 (relativa all'istituzione di un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, c.d. direttiva quadro), in GUCE n. L 108/33 del 24 aprile 2002.

⁷² Direttiva 2002/19/CE del 7 marzo 2002 (relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate nonché all'interconnessione delle stesse cd. direttiva accesso), in GUCE n. L 108/7 del 24 aprile 2002.

(direttiva autorizzazioni)⁷³, 2002/22/CE (direttiva servizio universale)⁷⁴, 2002/58/CE (direttiva protezione dati)⁷⁵, la direttiva della Commissione 2002/77/CE (direttiva concorrenza)⁷⁶, la decisione 2002/676/CE (decisione spettro radio)⁷⁷ ed il regolamento 2887/2000/CE (regolamento accesso disaggregato)⁷⁸.

Questo quadro normativo è, inoltre, completato da ulteriori atti specifici, conseguenti alle direttive sopra ricordate. Tra questi atti consequenziali è necessario citare, in particolare, la decisione della Commissione 2002/627/CE, del 29 luglio 2002, che istituisce il Gruppo dei regolatori europei⁷⁹, le Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato del 9 luglio 2002⁸⁰ e la Raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nell'ambito del nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche adottata dalla Commissione l'11 febbraio 2003⁸¹.

Considerato nel suo insieme si tratta, dunque, di un complesso normativo che opera un'importante razionalizzazione ed unificazione delle normative preesistenti nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche. Al contempo esso innova rispetto all'*acquis* comunitario che si era fino a quel momento stratificato. A questo riguardo, è necessario porre in luce le novità che appaiono più interessanti rispetto al quadro normativo precedente e che sono maggiormente rilevanti rispetto alla ricostruzione qui proposta.

⁷³ Direttiva 2002/20/CE del 7 marzo 2002 (relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, cd. direttiva autorizzazioni), in GUCE n. L 108/21 del 24 aprile 2002.

⁷⁴ Direttiva 2002/22/CE del 7 marzo 2002 (relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, c.d. direttiva servizio universale), in GUCE n. L 108/51 del 24 aprile 2002.

⁷⁵ Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 (relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche) in GUCE n. L 201/37 del 31 luglio 2002.

⁷⁶ Si tratta della direttiva di liberalizzazione 2002/77/CE della Commissione europea sulla concorrenza nei mercati delle reti e servizi di comunicazione pubblicata in GUCE n. L 249/ del 17 dicembre 2002.

⁷⁷ Decisione 676/2002/CE del 7 marzo 2002 in GUCE n. L 108/1 del 24 aprile 2002

⁷⁸ Regolamento 2887/2000/CE del 18 dicembre 2000 relativo all'accesso disaggregato alla rete locale è pubblicato in GUCE n. L 336/4 del 30 dicembre 2000. Esso consiste tecnicamente nell'obbligo di fornitura del tratto finale (cd. ultimo miglio) o di singoli elementi della rete locale dell'operatore storico di telecomunicazioni e la sua regolazione assume una valenza del tutto nuova all'interno del nuovo quadro regolamentare.

⁷⁹ Cfr. GUCE n. L. 200/38 del 30 luglio 2002.

⁸⁰ Pubblicata in GUCE n. C 165/6 dell'11 luglio 2002.

⁸¹ Pubblicata in GUCE n. L 114/ dell' 8 maggio 2003.

La considerazione preliminare riguarda innanzitutto il campo di applicazione della nuova disciplina comunitaria. Sulla base dell'art. 1, comma 1, della direttiva quadro l'obiettivo è istituire "un quadro normativo armonizzato per la disciplina dei servizi di comunicazione elettronica, delle reti di comunicazione elettronica e delle risorse e dei servizi correlati".

L'ambito d'applicazione risulta, quindi, particolarmente esteso. Infatti, nella nozione di reti di comunicazione elettronica rientrano, ex art. 2 lett. a) della direttiva quadro, gli impianti di trasmissione, le reti di telecomunicazioni fisse e mobili, le reti di radiodiffusione e telediffusione terrestre e le reti internet. Tra i servizi di comunicazione elettronica disciplinati dal *Framework 2002* rientrano poi, secondo la definizione di cui all'art. 2 lett. d) della direttiva quadro, "i servizi ... consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica compresi i servizi di telecomunicazione e di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare dei contenuti".

Infine, per risorse correlate ad una rete o ad un servizio di comunicazione elettronica vanno intese, ex art. 2 lett. e), direttiva quadro, quelle risorse che supportano la fornitura delle reti e dei servizi come ad esempio i sistemi d'accesso condizionato o le guide elettroniche ai programmi⁸².

Per contro non rientrano nel campo d'applicazione del *Framework 2002*, in quanto espressamente esclusi, i servizi di comunicazione elettronica che forniscono contenuti o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i servizi della società dell'informazione non consistenti interamente e prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica.

Tutto questo considerato ne deriva che, il *Framework* disciplina la trasmissione (da intendersi come disciplina delle reti e disciplina dei servizi) e non il contenuto dei servizi di comunicazione elettronica.

In tal modo il legislatore comunitario dimostra di aver preso atto del superamento della identificazione tra mezzo fisico di trasmissione impiegato e contenuto trasmesso, che per molto tempo è stata alla base della disciplina differenziata della radiodiffusione e delle telecomunicazioni⁸³.

⁸² Cfr. sulla definizione di comunicazioni elettroniche, P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, cit., 15-17.

⁸³ Così, F. DONATI, *Il pluralismo informativo nello scenario della convergenza*, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 78.

La nuova disciplina è, quindi, “indifferente” rispetto all’utilizzo della rete. Non rileva più, cioè che si tratti di servizi telefonici (fissi o mobili) oppure di trasmissione dati (via fax oppure via e-mail), e nemmeno con quale rete i dati, le immagini e i suoni siano effettivamente trasferiti (via cavo, via etere, via satellite oppure via internet). Ciò conduce a ritenere che il legislatore comunitario abbia creato un nuovo sistema normativo, quello appunto delle comunicazioni elettroniche.

Il fatto poi che il *Framework 2002* detti la disciplina generale in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica ed, al contempo, individui esso stesso i casi in cui gli Stati membri possono apportarvi delle deroghe per ciò che riguarda le trasmissioni radiotelevisive, non invalida l’idea che il legislatore comunitario abbia inteso creare un sistema normativo unitario.

Infatti, a ben vedere, si tratta di un ulteriore elemento che conferma, invece, l’idea che si tratti di un unico sistema normativo. Questo perché è lo stesso *Framework* comunitario ad individuare i motivi che rendono possibile eventuali deroghe per il settore radiotelevisivo. Motivi che devono essere connessi con il raggiungimento di “obiettivi considerati, anche a livello comunitario, di interesse generale” (quali espressamente la garanzia del pluralismo dei mezzi di comunicazione, la diversità culturale e la protezione dei consumatori)⁸⁴.

La differenziazione normativa nazionale nel settore radiotelevisivo è, dunque, solo eventuale e, comunque, da valutarsi caso per caso in rapporto alle necessità che si intendono perseguire. Tali considerazioni rendono evidente che non si tratta più, pertanto, di separazione normativa del settore radiotelevisivo rispetto al settore delle telecomunicazioni, ma solo di una specialità eventuale (e temporanea), comunque disciplinata nei presupposti a livello comunitario.

Detto in altri termini, gli Stati membri non possono alla luce del nuovo *Framework* introdurre per le reti e per i servizi radiotelevisivi deroghe alle disposizioni comunitarie a meno che, la necessità di dettare norme differenti, si giustifichi in base ad una delle condizioni individuate dalla nuova normativa comunitaria⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. considerando n. 5 della direttiva quadro.

⁸⁵ Un ulteriore punto a favore della ricostruzione unitaria è determinato anche dal fatto che le deroghe dovrebbero riguardare soprattutto la trasmissione radiotelevisiva analogica. Infatti, l’avvento della trasmissione digitale moltiplica le risorse disponibili e garantisce, almeno in via teorica, la possibilità che si sviluppi un mercato concorrenziale. Riguardo alla questione dell’allocazione di risorse scarse che nasce nel settore radiotelevisivo, è necessario sottolineare come sino ad oggi, nonostante le numerose sollecitazioni in proposito anche di recente sollevate, l’Unione Europea non sia intervenuta con atti normativi vincolanti al fine di dettare una normativa comune in materia di pluralismo informativo. La tutela di questo particolare valore rimane però solo parzialmente

Chiarito l'ambito generale d'applicazione del nuovo *Framework 2002* nei prossimi paragrafi si analizzeranno alcuni profili del nuovo corpo normativo che appaiono di particolare interesse per l'analisi qui condotta. Essi attengono: a) al ruolo previsto per le Autorità nazionali di regolazione (di seguito ANR) nel "sistema delle comunicazioni elettroniche"; b) al nuovo rapporto tra regolazione e concorrenza ed, in particolare, ai limiti alla regolazione del mercato posti dalla normativa europea; c) alla regolazione dell'interconnessione tra reti di comunicazione e dell'accesso dei fornitori di servizi; d) all'introduzione generalizzata dell' "autorizzazione generale"; e) agli obblighi di servizio universale.

15. La direttiva quadro e la posizione delle Autorità nazionali di regolazione nel nuovo quadro normativo europeo.

La posizione che le Autorità nazionali di regolazione assumono nel sistema delle comunicazioni elettroniche è indubbiamente uno degli aspetti di maggior interesse che il nuovo quadro normativo europeo solleva⁸⁶.

L'obbligo comunitario, per cui in ogni Stato debba essere istituito un ente indipendente competente a "governare" nel settore delle telecomunicazioni la transizione da un sistema fondato sul monopolio pubblico ad uno basato sul libero mercato, risale già alla direttiva 88/301/CEE⁸⁷. Inoltre, le caratteristiche e le funzioni di tale ente sono state precisate dalle direttive che hanno liberalizzato i servizi e le reti di telecomunicazioni. Le normative comunitarie che si sono susseguite hanno, infatti,

nella disponibilità degli Stati membri alla luce delle connessioni che tale tipo di disciplina ha con le disposizioni sulla concorrenza contenute nei Trattati e con il nuovo pacchetto normativo di recente approvato. Va, infine, segnalato che nella seduta del Parlamento Europeo del 20 novembre 2002 sono state presentate delle interrogazioni parlamentari che invitano la Commissione a riprendere l'idea di predisporre una direttiva per armonizzare le restrizioni nazionali alla concentrazione dei media, secondo le linee d'azione indicate ormai circa dieci anni fa con la presentazione del *Libro Verde della Commissione su pluralismo e concentrazione dei media*, COM (1992) 0480 del 23 dicembre 1992, e sporadicamente richiamate da altre istituzioni europee: si vedano in particolare la risoluzione del Parlamento Europeo del 27.10.1994 sulla concentrazione dei media (GUCE n. C 323/157 del 21 novembre 1994), il parere del Comitato Economico e Sociale sul pluralismo e concentrazione dei media (GUCE n. C 140/19 del 18 maggio 2000) ed in particolare la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri (R (99) 1 del 19 gennaio 1999) sulle misure dirette a promuovere il pluralismo dei media.

⁸⁶ Cfr. P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, cit., 21, e nella dottrina italiana il saggio di F.M. SALERNO, *Telecomunicazioni ed Autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario ed organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comun.*, 2003, 679 ss e spec. 711 ss.

⁸⁷ Cfr. *supra* in questo capitolo par. 9.

provveduto da un lato a disegnare in maniera via via più precisa le caratteristiche istituzionali e funzionali dell'ente, dall'altro a selezionare ed attribuire ad esso direttamente funzioni e compiti di regolazione⁸⁸.

La prima novità circa il ruolo delle ANR nel nuovo sistema normativo delle comunicazioni elettroniche discende direttamente dal campo d'applicazione del *Framework* 2002. Questo perché, alla luce della convergenza normativa tra il settore delle telecomunicazioni e della radiotelevisione, si può affermare che oggi le ANR assumono funzioni e compiti di regolazione rispetto a ciascun settore rientrante nel nuovo sistema della comunicazione elettronica. Ciò significa, che è innanzitutto il campo d'azione delle ANR a risultare ampliato dalla normativa comunitaria. L'ampliamento del campo d'azione delle ANR è evidente sia nella direttiva quadro sia nelle direttive "interconnessione", "autorizzazioni" e "servizio universale", cd. direttive speciali, le quali, individuano, ciascuna in riferimento al proprio oggetto, obblighi generali e obblighi asimmetrici che le ANR possono imporre agli operatori di rete ed ai fornitori di servizi indipendentemente dal fatto che si tratti di reti o di servizi di telecomunicazione o di radiotelevisione.

Il procedimento per l'imposizione di tali obblighi è disciplinato dalla direttiva

⁸⁸ Il fatto poi, che le norme comunitarie siano intervenute a definire con sempre maggior precisione i profili soggettivi e funzionali dell'Autorità così come i suoi compiti ha, senza dubbio, comportato un'ingerenza comunitaria sui sistemi amministrativi nazionali. Si è parlato a tale proposito di signoria comunitaria sui diritti amministrativi interni e le ANR sono state intese come enti autarchici comunitari. Così, S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2-3 del 2002, 291 ss. Più sfumata appare, invece, la posizione di, F. ASTONE, *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 60, il quale preferisce parlare di coamministrazione. Con una precisazione, però: infatti, se da un lato si può affermare che appare ormai parzialmente superato il principio comunitario per cui l'organizzazione amministrativa degli Stati è riservata alla competenza di questi ultimi, in virtù dell'indifferenza dell'assetto istituzionale dei paesi aderenti alla Comunità. Peraltro da un altro lato, pur in una prospettiva diversa, la Corte di giustizia aveva già provveduto a temperare il principio ricavato dall'art. 5 del Trattato CE attraverso il suo bilanciamento con il principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 del Trattato CE, in virtù del quale anche per l'amministrazione esiste l'obbligo di adottare le misure di carattere generale e particolare che siano necessarie al rispetto ed all'esecuzione degli obblighi comunitari. Sulla sentenza della Corte di giustizia *Marleasing*, causa 106/89, *Raccolta* 1990-1-4135, v. J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna, 70 Per l'A. è stata proprio la Corte europea a consentire il superamento della linea di separazione che intercorreva tra i due sistemi amministrativi. In riferimento, infine, all'impatto del corpo normativo comunitario in materia di comunicazione elettronica sull'organizzazione degli Stati membri, si vedano, S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 33 ss., e spec. 34-35 e R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, cit., 113. Secondo PEREZ è necessario sottolineare che l'amministrazione europea non si sostituisce a quelle nazionali. Il rapporto è di integrazione o, se si preferisce di comunione di funzioni tra l'amministrazione europea e quella nazionale e comunque e sempre sulla base del principio di sussidiarietà. La convergenza amministrativa, inoltre, rafforza la progressiva integrazione dei due ordinamenti e crea le condizioni perché i due ordinamenti non siano più chiusi bensì comunicanti. Così, anche in un'ottica comparata E. KLEIN, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, 683 ss.

quadro. Questa direttiva non si limita però a disciplinare il procedimento per l'imposizione di obblighi asimmetrici a determinati operatori, che peraltro sarà oggetto di specifica trattazione, ma dedica l'intero Capo II a definire specificamente la posizione istituzionale delle ANR. Le norme ivi contenute disciplinano due differenti profili di particolare rilevanza: a) i requisiti soggettivi e funzionali delle ANR definiti dal diritto comunitario, b) il rapporto tra le ANR e la Commissione, tra le ANR dei differenti Stati membri e tra le ANR e le Autorità nazionali *Antitrust*.

16. Segue. I requisiti soggettivi e funzionali delle ANR.

Per ciò che attiene al primo profilo, e cioè ai requisiti soggettivi e funzionali la “direttiva quadro” procede, dunque, alla definizione ed all'individuazione degli elementi distintivi che devono necessariamente caratterizzare le ANR. L'art. 3 della direttiva quadro, rubricato “Autorità nazionali di regolazione”, riassume in se, come è stato correttamente osservato, “il processo di stratificazione normativa che si è verificato a livello comunitario in merito alla definizione del soggetto titolare del potere di regolazione nel settore delle telecomunicazioni nei sistemi giuridici nazionali”⁸⁹.

Il primo, e fondamentale, requisito soggettivo delle ANR richiesto dal diritto comunitario è quello dell'indipendenza. Ai sensi dell'art. 3, comma 2, della direttiva quadro, gli Stati membri devono, infatti, garantire che “esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica”. Inoltre, la norma aggiunge che, qualora gli Stati membri mantengano la proprietà o il controllo di imprese che operano nel settore delle comunicazioni elettroniche, essi sono tenuti anche a separare strutturalmente le attività di regolamentazione da quelle inerenti alla proprietà ed al controllo⁹⁰.

Con tale duplice previsione, il legislatore comunitario ha codificato in un'unica disposizione normativa due principi che, per la verità, si erano già affermati separatamente a livello comunitario: il principio dell'indipendenza legale ed il

⁸⁹ F.M. SALERNO, *Soggetti, funzioni e procedure della regolazione*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., 72.

⁹⁰ Vedi, anche il considerando n. 11 della direttiva quadro 2002/19/CE

principio della separazione strutturale⁹¹.

La fusione di questi due principi operata dal “legislatore” comunitario ha contribuito a specificare e ad arricchire la nozione di indipendenza richiesta per le ANR. Per contro, la precisazione per cui se lo Stato mantiene la proprietà o il controllo di un operatore del sistema delle comunicazioni elettroniche, l’ANR deve essere strutturalmente separata dal circuito politico-rappresentativo ha riproposto un dubbio interpretativo, che si era già posto in precedenza, circa la legittimità dell’assunzione delle funzioni di regolazione da parte del Ministro competente qualora, ovviamente, lo Stato non mantenga il controllo o la proprietà di un operatore del settore⁹².

Il dato normativo letterale non pare, al riguardo, idoneo ad escludere la legittimità di tale opzione⁹³. Peraltro, la Commissione europea ha indicato di preferire un sistema in cui tutte le funzioni selezionate a livello europeo siano attribuite ad un’Autorità strutturalmente indipendente dal Governo⁹⁴. Il ragionamento alla base della preferenza della Commissione si fonda sulla preoccupazione che l’assunzione di tutti, o solo di alcuni poteri regolatori in capo al Ministero, possa in qualche modo condurre ad esercizi difformi dello stesso a seconda dell’orientamento politico contingente. Con ciò ponendo a rischio l’uniformità della regolazione perseguita a livello comunitario.

Accanto al requisito soggettivo dell’indipendenza gli Stati membri devono anche garantire che le ANR, sulla base dell’art. 3, comma 3 della direttiva quadro, esercitino i loro poteri in modo imparziale e trasparente⁹⁵. L’obbligo per le ANR di agire in

⁹¹ V., in maniera analoga, su tale questione F.M. SALERNO, *Telecomunicazioni ed Autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario ed organizzazione amministrativa europea*, cit., 701.

⁹² Come osserva R. PEREZ, *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, 12 (nt. 24).

⁹³ Cfr. sul punto P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, cit. 24. In maniera parzialmente difforme R. ZACCARIA ET ALTRI., *Le competenze dello Stato e delle Regioni in materia di “ordinamento della comunicazione”*, in V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004, 267 ss., spec. 285- 286.

⁹⁴ Cfr., sul punto specifico COMMISSIONE EUROPEA, *Ottava relazione sull’attuazione del quadro normativo per le telecomunicazioni. La regolamentazione e i mercati europei delle telecomunicazioni*, Bruxelles, cit. La Commissione europea nella sua relazione si è interrogata anche sulla possibilità di adottare un sistema misto in cui i poteri regolamentari sono esercitati di concerto tra il Ministro e l’Autorità indipendente. Al termine di un’analisi comparativa sull’organizzazione nei singoli Stati membri ha individuato come quello preferibile il modello greco, in cui tutte le funzioni che appartenevano al Ministero sono state trasferite ad un’Autorità indipendente.

⁹⁵ Per imparzialità si intende che le ANR non debbano, nell’esercizio delle funzioni ad esse attribuite, agire in maniera tale da favorire alcune imprese o gruppi di imprese a discapito di altre.

maniera imparziale e trasparente, per un verso, si lega agli obblighi di pubblicizzazione dell'attività delle ANR, esemplificati all'art. 5, commi 4 e 5, della direttiva quadro ed applicabili anche all'esercizio delle funzioni attribuite alle ANR dalle direttive speciali, per un altro verso, attiene ai i procedimenti che si instaurano di fronte alle ANR.

Con riferimento ai procedimenti, in particolare, l'obbligo di trasparenza ed imparzialità ha come specifici corollari il principio del contraddittorio, il diritto di accesso delle parti interessate e la conoscibilità delle decisioni dell'ANR. Un'attenzione specifica deve essere, quindi, posta a quelle norme procedurali, dettate nel nuovo quadro normativo europeo, che obbligano tutte le ANR nell'esercizio dei loro compiti a garantire l'instaurarsi del contraddittorio nei procedimenti decisionali.

A questo riguardo ha un particolare rilievo l'art. 6 della direttiva quadro che introduce in via generalizzata⁹⁶, e cioè per qualunque procedimento previsto dalla direttiva quadro oppure dalle "direttive speciali", il procedimento basato sul "*notice and comment*". Questo procedimento prevede che tutte le parti interessate abbiano la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure che le ANR intende adottare, prima, quindi, dell'adozione definitiva del provvedimento.

Ora, per quello che qui rileva, si deve sottolineare che l'uniformazione delle procedure a livello comunitario, compresa la definizione di principi essenziali circa i procedimenti amministrativi, ha un impatto notevole sui sistemi amministrativi nazionali ed in particolare in quegli ordinamenti che hanno corpi normativi che disciplinano i procedimenti amministrativi⁹⁷. La sovrapposizione, in questo contesto, tra la disciplina comunitaria e quella interna pone, infatti, un delicato problema di coordinamento. Questo problema si manifesta secondo due prospettive.

In primo luogo, infatti, esso si pone rispetto ai procedimenti preparatori di atti amministrativi generali. Infatti le norme interne sul procedimento non sempre si applicano ai procedimenti preparatori di atti amministrativi generali, ai quali invece, si estendono i principi della direttiva comunitaria⁹⁸.

In secondo luogo, la normativa comunitaria in questione pone un problema più

⁹⁶ Il principio del contraddittorio così come descritto dall'art. 6 non si applica quando l'ANR deve agire con urgenza oppure nell'esercizio dell'attività paragiurisdizionale a cui si applicano le disposizioni specificamente previste dalla direttiva quadro (rispettivamente artt. 7, comma 6, 20 e 21).

⁹⁷ Così, S.CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit., 33 ss., spec. 35.

⁹⁸ *IBIDEM*, 35

generale che riguarda l'applicabilità su base interna di garanzie procedurali ulteriori e più gravose rispetto a quelle previste a livello comunitario.

Entrambi i profili problematici devono essere affrontati partendo dal presupposto che “l'autonomia degli Stati nell'organizzazione della propria amministrazione vale nella misura in cui non mette a rischio l'applicazione della normativa comunitaria”⁹⁹. In questo senso, uno dei principali obiettivi del *Framework 2002* è indubbiamente quello di procedere ad una semplificazione amministrativa nel sistema della comunicazione elettronica. Pertanto, sulla base di questa osservazione, è da ritenere che obblighi ulteriori eventualmente posti dal legislatore nazionale siano applicabili ai procedimenti amministrativi del settore in esame nella misura in cui, non solo non contrastino con quelli comunitari, ma non comportino un appesantimento delle procedure stabilite a livello comunitario.

Detto questo, il problema qui esposto verrà poi ripreso successivamente, in quanto si inserisce nel tema cruciale dei limiti che la nuova normativa comunitaria impone ai regolatori nazionali e cioè sia ai legislatori sia alle ANR.

17. Segue. Il rapporto tra le ANR e la Commissione.

La direttiva quadro, oltre a disciplinare le caratteristiche istituzionali e funzionali delle ANR, detta una serie di norme che regolano il rapporto tra le ANR e la Commissione europea e il coordinamento tra le ANR dei Paesi membri e, sul piano interno, tra l'ANR e l'Autorità nazionale *antitrust*. Così facendo la direttiva quadro contribuisce a definire la posizione che le ANR assumono nella *governance* del sistema delle comunicazioni elettroniche.

In primo luogo, acquista una decisa rilevanza lo stretto rapporto che normativamente si instaura tra le Autorità nazionali di regolazione e la Commissione europea. Il rapporto tra le ANR e la Commissione è dovuto per un verso alla diretta attribuzione di compiti alle ANR da parte della normativa comunitaria; per un altro verso a tutta una serie di obblighi procedurali che vincolano le ANR nell'esercizio delle funzioni ad esse attribuite¹⁰⁰.

⁹⁹Principio elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia richiamato da F. ASTONE, *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2002, 63.

¹⁰⁰ Cfr. art. 7 della direttiva quadro 2002/19/CE.

L'individuazione a livello comunitario di compiti specifici spettanti alle ANR non è, come si è visto, una novità introdotta dal *Framework* 2002. Allo stesso modo, anche la funzione di controllo svolta dalla Commissione europea sui compiti assegnati alle ANR rientra nell'ordinaria attività di controllo che la Commissione svolge sull'esecuzione da parte degli Stati membri del diritto comunitario¹⁰¹.

Al contrario, gli obblighi procedurali posti a carico delle ANR, laddove prevedono per talune decisioni la consultazione preventiva della Commissione europea oppure laddove si sostanziano in un potere di blocco della decisione o di indirizzo dell'attività dell'ANR da parte della Commissione, appaiono un'interessante novità¹⁰². Questi obblighi, e più in generale una certa proceduralizzazione almeno delle "decisioni chiave" delle ANR, concorrono, infatti, ad evidenziare una maggiore connessione tra ANR e Commissione europea. Questo fatto può comportare un'evoluzione rispetto al sistema dei controlli perché mentre i controlli sono connessi ad un'amministrazione indiretta che si limita a vigilare sul raggiungimento degli obiettivi, i meccanismi di consultazione e di indirizzo comportano un'integrazione tra il livello europeo e il livello nazionale. Un'integrazione tra il livello comunitario ed il livello nazionale che, nel settore delle comunicazioni elettroniche, crea in taluni casi una potenziale sovraordinazione della Commissione europea, agente come soggetto regolatore europeo, sulle Autorità nazionali di regolazione¹⁰³.

Per un verso, dunque, con il nuovo *Framework* le ANR acquisiscono competenze e funzioni che in precedenza non avevano o che gli Stati membri potevano allocare diversamente, per un altro verso, il ruolo svolto dalla Commissione europea, segna invece un arretramento delle ANR¹⁰⁴.

Un arretramento che dipende però da come la Commissione europea interpreterà concretamente il suo ruolo quando la riforma opererà a regime e quando poi dovrà

¹⁰¹ V. in proposito l'art. 25 della direttiva quadro che espressamente obbliga la Commissione europea ad esaminare periodicamente l'attuazione della normativa comunitaria in questo settore.

¹⁰² Si può parlare di potere di veto da parte della Commissione europea in riferimento alla possibilità che essa ha di richiedere sulla base dell'art. 7, c. 4, 5 e 6 della direttiva quadro direttamente, motivando, alle ANR di ritirare progetti di delibera in materia di mercati rilevanti.

¹⁰³ S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit., 37, parla al riguardo di subordinazione funzionale dell'Autorità rispetto alla Commissione. La prassi operativa sembra mostrare più che una vera e propria subordinazione la possibilità della Commissione di intervenire in talune decisioni chiave delle Autorità nazionali.

¹⁰⁴ L. SALTARI, *I procedimenti composti e l'integrazione funzionale*, in *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine*, Giappichelli, Torino, 2004, 52-53.

eventualmente intervenire a riformare o ad opporsi alle decisioni dei regolatori nazionali.

Ad oggi non sembra ancora possibile dire mancando una casistica se la Commissione europea assuma effettivamente una posizione sostanziale di sovraordinazione rispetto alle ANR. È però innegabile che il ruolo di regolatore della Commissione europea assume sulla base del dato normativo europeo crea un'interessante asimmetria dovuta al fatto che mentre le norme comunitarie in questo settore richiedono il rafforzamento sul piano nazionale di Autorità indipendenti dal potere economico e dal circuito politico rappresentativo al contempo le questioni più rilevanti ed, in particolare, quelle che vincolano tutte le Autorità nazionali o che possono avere ricadute sul “mercato europeo” sono sempre più attratte nell'orbita della Commissione europea e cioè dell'organo che allo stato attuale maggiormente svolge funzioni di governo nell'Unione europea.¹⁰⁵

18. Segue. Gli obblighi di collaborazione tra le ANR dei differenti Stati membri e, sul piano nazionale, tra le ANR e le Autorità Antitrust.

La nuova normativa europea non si limita però a definire i rapporti tra la Commissione e le ANR e, pertanto a regolare la “*governance* verticale” del sistema delle comunicazioni elettroniche, intendendosi con ciò i rapporti tra il livello comunitario e quello nazionale. La direttiva quadro, infatti, interviene anche a disciplinare una particolare procedura di consultazione tra le ANR degli Stati membri e, sul piano interno, i rapporti tra ANR e Autorità *Antitrust*. In questo modo si occupa anche della “*governance* orizzontale” del sistema delle comunicazioni elettroniche.

Questo avviene su due piani.

Sul piano “sovranaZIONALE”, la normativa comunitaria prevede specifici obblighi di consultazione, cooperazione e scambio di informazioni tra le ANR di ciascun Paese

¹⁰⁵ Esempificativi di tale mutata prospettiva sono sia l'art. 7 della direttiva quadro, che individua una procedura per cui le ANR sottopongono alla Commissione gli schemi di tutte quelle decisioni che rientrano nel campo d'applicazione del nuovo corpo normativo, sia l'art. 15 della “direttiva quadro”, che stabilisce che le ANR debbano tenere in massimo conto le Raccomandazioni e le Linee Guida relative alla definizione del mercato della Commissione ai fini della declaratoria di un operatore come impresa con significativo potere di mercato. E' poi da notare che, durante l'ampio procedimento di consultazione operato dalla Commissione sulle opzioni di riforma (*c.d. Review 99*) era stata anche avanzata la proposta di istituire un'*Authority* europea con il duplice obiettivo di prevedere un coordinamento più stabile tra le Autorità nazionali e di sollevare la Commissione da un compito così gravoso ed articolato.

membro dell'Unione¹⁰⁶. Del resto, l'intensa collaborazione prevista dalla direttiva quadro si era già sviluppata dalla prassi operativa delle Autorità nazionali di riunirsi informalmente.

L'istituzione del Gruppo dei regolatori europei (*European Regulatory Group, ERG*) operata con la decisione 2002/627/CE si inquadra, dunque, perfettamente nel coordinamento richiesto dalla normativa europea. Tuttavia l'ERG è una soluzione di ripiego rispetto all'opzione di istituire un'Autorità indipendente di livello europeo e si configura ad oggi solo come un organo consultivo della Commissione europea.

Sul piano interno, la direttiva quadro, impone anche agli Stati membri di stabilire procedure di informazione reciproca e di consultazione tra Autorità di regolazione ed Autorità *Antitrust*¹⁰⁷.

Il coordinamento tra le Autorità di regolazione e le Autorità *Antitrust* è previsto in generale dall'art. 7 della direttiva quadro 2002/21/CE. Inoltre, specifici obblighi di scambio delle informazioni sono previsti ex art. 3 comma 5, della direttiva quadro e, più in generale, sulla base del considerando n. 35 della medesima direttiva. Obblighi di consultazione sono posti dall'art. 1 comma 1 della direttiva quadro in relazione all'analisi dei mercati rilevanti¹⁰⁸.

A livello sistematico, si deve osservare che tanto la sovraordinazione potenziale della Commissione europea in talune decisioni quanto la cooperazione tra le ANR a livello europeo e, sul piano interno, il coordinamento tra l'Autorità di regolazione e quella *Antitrust* appaiono tutti accorgimenti legati essenzialmente al tentativo di attenuare eventuali "distorsioni della concorrenza dovute a mancato coordinamento tra i diversi livelli di governo"¹⁰⁹. La mancanza di coordinamento, cui la normativa europea si preoccupa di ovviare, appare, infatti, un rischio tipico nei sistemi complessi

¹⁰⁶ V. sul punto l'art. 7, comma 2, della direttiva quadro, che espressamente richiede una collaborazione trasparente finalizzata all'applicazione del diritto comunitario.

¹⁰⁷ Il coordinamento orizzontale tra le Autorità di regolazione e le Autorità *Antitrust* è previsto in generale dall'art. 7 della direttiva quadro 2002/21/CE. E' poi di particolare rilevanza il coordinamento richiesto per l'analisi dei mercati rilevanti dall'art. 1 comma 1 sempre della direttiva quadro. Inoltre, in capo ad entrambe le Autorità sono previsti obblighi di scambio delle informazioni ex art. 3 comma 5 nonché, più in generale, sulla base del considerando n. 35 della medesima direttiva. Tale necessità che si spiega, come si argomenterà nel prossimo paragrafo, con l'avvicinamento indotto dalla normativa comunitaria delle funzioni tipiche delle due Autorità.

¹⁰⁸ Sull'analisi dei mercati rilevanti v. paragrafi successivi

¹⁰⁹ G. COLANGELO, *La politica di concorrenza e di tutela del mercato*, in A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, cit., 469.

e *multilevel*. Sistemi, come quello delle comunicazioni elettroniche, in cui si assiste ad un frazionamento dei compiti e delle funzioni sia verticale, tra livelli di governo diversi, che orizzontale, tra organi ed enti del medesimo livello di governo. Organi ed enti che possono, come nel caso di specie, anche appartenere ad ordinamenti nazionali diversi oppure al medesimo ordinamento nazionale, ma essere tra loro indipendenti.

19. Il nuovo rapporto tra regolazione e concorrenza nella direttiva quadro. La regolazione del mercato come extrema ratio.

Come si è già avuto modo di anticipare, la direttiva quadro e le direttive speciali del nuovo *Framework* assegnano alle Autorità nazionali di regolazione una pluralità di funzioni. Tra queste funzioni tutte orientate a garantire il funzionamento di un mercato efficiente e concorrenziale¹¹⁰ assume un rilievo centrale la funzione di regolazione.

Per definizione la regolazione di un mercato può consistere nell'imposizione di obblighi (normativi o amministrativi) generali a tutti gli operatori operanti in un determinato settore oppure nell'imposizione di obblighi specifici ed asimmetrici a carico degli operatori aventi in un determinato mercato una posizione di dominanza. Gli obblighi generali hanno, dunque, la funzione di orientare lo sviluppo del mercato verso il soddisfacimento di determinati bisogni mentre gli obblighi asimmetrici hanno la funzione di correggere, semmai prevenendoli, eventuali squilibri.

Il *Framework* 2002 si pone, in linea generale, l'obiettivo di definire gli obblighi generali a livello comunitario e di limitare gli interventi di regolazione asimmetrica¹¹¹.

Il considerando n. 27 della direttiva quadro riassume questo obiettivo chiarendo che "è essenziale che gli obblighi *ex ante* vengano imposti quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto

¹¹⁰ La direttiva quadro assegna alle ANR i seguenti obiettivi: a) promuovere la concorrenza (art. 8 par. 2), b) contribuire allo sviluppo del mercato interno (art. 8, par. 3), promuovere gli interessi dei cittadini (art. 8, par. 4), c) assegnare in maniera trasparente frequenze e numerazioni (artt. 9 e 10), d) definire ed assicurare i diritti di passaggio (art. 11), incoraggiare ed, in talune circostanze, imporre la condivisione dei siti di trasmissione (art. 12), e) definire il mercato rilevante procedendo anche all'identificazione delle imprese con notevole forza di mercato ed eventualmente ad imporre loro le obbligazioni previste dalle direttive speciali (artt. 14 e 16).

¹¹¹ In particolare, gli obblighi asimmetrici, come si è visto, furono utilizzati dapprima durante il processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni per promuovere l'apertura dei mercati. In quella situazione tali obblighi furono posti a carico degli ex monopolisti sul presupposto che essi, attraverso la loro forza di mercato, potessero impedire l'ingresso di nuovi operatori. V. *supra* in questo capitolo i paragrafi 10, 11, 12.

nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema”¹¹².

In più questa disposizione rende immediatamente evidente il nuovo equilibrio che si deve instaurare tra regolazione e concorrenza. Un equilibrio che si fonda, secondo il *Framework 2002*, sul principio della sussidiarietà della regolazione rispetto alla concorrenza. Corollario di tale principio è la necessità, in via generale, di accertare la non concorrenzialità dei mercati prima di procedere all'imposizione di regole asimmetriche.

L'accertamento del mercato non concorrenziale e dell'impresa con significativo potere di mercato è demandato dalla direttiva quadro alle ANR. Sempre le ANR sono poi sulla base dell'accertamento compiuto chiamate ad imporre gli obblighi asimmetrici previsti dalle direttiva quadro stessa e dalle direttive speciali. Il ruolo previsto per le ANR dal *Framework 2002* alle ANR circa l'analisi dei mercati, l'accertamento degli operatori che dispongono di un significativo potere di mercato¹¹³ e l'applicazione di specifiche misure asimmetriche, è strettamente connesso con il tratto più significativo della riforma comunitaria: l'introduzione anche in ambito regolatorio di una serie di nozioni e procedure tipiche del diritto della concorrenza.

Si intendono, al riguardo, la nozione di mercato rilevante e di dominanza singola e collettiva, le procedure per la definizione dei mercati rilevanti e per la loro analisi. Nozioni e procedure che comportano, dunque, una profonda trasformazione dell'attività di regolazione spettante alle ANR¹¹⁴.

¹¹² Come evidenziato da L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione ed asimmetria nel nuovo quadro comunitario*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 111, il principio per cui l'opzione regolamentare era tarata sull'esigenza di favorire la concorrenza è affermato fin dal principio dalla normativa europea.

¹¹³ Art. 14, comma 1, direttiva quadro 19/2002/CE.

¹¹⁴ Cfr. A. DE STREEL, *New EU Regulatory Framework for Electronic Communications*, cit. In materia di regolazione e sul suo impatto sui mercati economici la letteratura è sterminata. Per i profili generali, a puro titolo di documentazione, si può menzionare A.I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994; ID, *La regolazione dei servizi privatizzati*, in AA.VV., *I servizi a rete in Europa*, Cortina, Milano, 2000, 19 ss.; G.J. STIEGLER, *A Theory of Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management*, 1971, trad. it., *La teoria della regolamentazione*, in ID, *Mercato, regolamentazione e informazione*, Bologna, 1994, 248 ss.; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; R. ARRIGONI, *Regolazione e gestione nelle public utilities*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1995, ss.; in relazione alla regolazione comunitaria G. MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London, 1996; ID, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996; G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002; sulla regolazione delle telecomunicazioni, oltre agli A. citati *supra*, cfr. F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2001.

Come si è osservato *supra*¹¹⁵, l'esigenza di rendere sostanziale la liberalizzazione dei mercati ha giustificato e richiesto, fin dall'inizio, l'individuazione di obblighi specifici di cui gravare gli ex monopolisti (e poi, più in generale gli operatori) che avessero mantenuto una significativa quota di mercato. Lo schema normativo per l'imposizione degli obblighi asimmetrici si è fondato, fino all'entrata in vigore del Framework 2002, sull'individuazione di soglie percentuali cui far corrispondere automaticamente una posizione di significativo potere di mercato. Qualora, dunque, un operatore avesse superato la quota di mercato predeterminata, l'Autorità nazionale di regolazione sarebbe stata chiamata ad imporre a tale operatore gli obblighi asimmetrici conseguenti, previsti dalla normativa comunitaria¹¹⁶.

Nel nuovo procedimento dettato dalla direttiva quadro cambia profondamente sia la nozione di significativo potere di mercato sia il procedimento da seguirsi per l'imposizione di obblighi asimmetrici.

La nozione di "significativo potere di mercato", nel nuovo quadro normativo, non è più legata ad una soglia percentuale predeterminata. Essa fa, invece, riferimento ex art. 14 della "direttiva quadro" alla fattispecie in cui una impresa goda di "una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti ed in definitiva dai consumatori"¹¹⁷. Una definizione di questo tipo, del tutto diversa da quella precedente, in quanto sganciata da una presunzione numerica, appare assimilabile alla nozione di posizione dominante singola o collettiva così come elaborata dalla giurisprudenza dalla Corte di giustizia riguardo alla tutela della concorrenza ed, in particolare all'applicazione dell'art. 82 del Trattato

¹¹⁵ V. i parr. 10 e 12.

¹¹⁶ Sia la direttiva 92/44/CEE sia la direttiva 98/10/CE sia la direttiva 97/33/CE utilizzavano la nozione di significativo potere di mercato al fine di individuare quali imprese fossero destinatarie di obblighi asimmetrici rispettivamente per ciò che riguardava l'accesso, il servizio universale e l'interconnessione. V. J-D. BRAUN, R. CAPITO, *The Framework Directive*, in C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.D. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunication Law*, op. cit., 312-313.

¹¹⁷ Sulla nuova nozione di significativo potere di mercato, cfr. J-D. BRAUN, R. CAPITO, *The Framework Directive*, in C. KOENIG, A. BARTOSCH, J.D. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, cit., 309 ss.; da L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione ed asimmetria nel nuovo quadro comunitario*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 105 ss.; si vedano, anche gli interventi al già richiamato Convegno su *L'evoluzione delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., di F. DENOZZA, *L'impresa con significativo potere di mercato e i suoi obblighi*, e di A. PERRUCCI, *Le analisi di mercato previste dal nuovo quadro normativo regolamentare: prime considerazioni di carattere economico e regolamentare*, cit.

CE¹¹⁸. L'accertamento del significativo potere di mercato è, dunque, legato ad un'analisi dinamica dei mercati rilevanti da parte delle ANR. Un tipo di analisi che è proprio appunto delle Autorità Antitrust.

Il procedimento di individuazione e di analisi dei mercati rilevanti è anch'esso profondamente cambiato.

In primo luogo perché i mercati rilevanti non sono più individuati dalle direttive comunitarie, ma rimessi ex art. 18 della direttiva quadro alla individuazione delle ANR. L'identificazione non è discrezionale in quanto, al fine di limitare le possibili difformi individuazioni su base nazionale, la Commissione europea ha adottato una Raccomandazione in cui sono preindividuati diciotto mercati rilevanti¹¹⁹.

In secondo luogo perché, successivamente all'individuazione dei mercati rilevanti, le ANR sono ora chiamate ad una duplice valutazione: *in primis* devono stabilire la non concorrenzialità dinamica del mercato; *in secundis* individuare se esistono operatori in posizione dominante singola o collettiva. Entrambe le valutazioni spettano formalmente alle ANR, ma devono essere svolte secondo le Linee Guida dettate dalla Commissione europea¹²⁰.

Infine, qualora le ANR accertino l'esistenza di posizioni dominanti esse sono chiamate a notificare l'operatore con significativo potere di mercato e, ad imporre tra gli obblighi asimmetrici previsti dalle direttive speciali quelli più opportuni sulla base del principio di proporzionalità. Gli obblighi asimmetrici che possono essere imposti agli operatori con significativo potere di mercato sono oggi contenuti nelle direttive speciali: si tratta, in particolare, di obblighi di accesso e di interconnessione alla rete, di fornitura di linee affittate, di trasparenza e di non discriminazione; di separazione contabile, di controllo dei prezzi sia a monte sia al dettaglio e di taluni obblighi di servizio universale.

Quanto fin qui ricostruito richiede ora una importante precisazione. Il fatto che,

¹¹⁸ Il considerando 25 della cd. direttiva quadro espressamente rimanda per la definizione della nozione di significativo potere di mercato alla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee in merito alla nozione di posizione dominante.

¹¹⁹ La Commissione europea con la Raccomandazione ha individuato un elenco di 18 mercati rilevanti. Si è passati, dunque, da un sistema con quattro solo mercati rilevanti ad uno in cui i mercati rilevanti sono molti di più. Questo comporta peraltro una minore discrezionalità in capo alle ANR. Cfr. A.LUCIANO, *Il nuovo ruolo dell'Autorità di regolazione*, in R.PEREZ (cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., 57.

¹²⁰ Sia le Raccomandazioni che le Linee Guida sono atti che possono essere fatti rientrare nella variegata categoria della *soft law*. Essi sono vincolanti per le ANR che, se decidono di discostarsi dagli orientamenti seguiti dalla Commissione, devono motivare la loro decisione.

la normativa comunitaria preveda che le ANR provvedono alla definizione dei mercati, alla loro analisi, alla notifica degli operatori di mercato ed alla scelta delle misure asimmetriche (tra quelle tipizzate) produce, seppur nell'ambito delle Raccomandazioni e delle Linee Guida della Commissione, una deregolamentazione del sistema. Questo perché, quello che prima era direttamente definito dalle direttive comunitarie è ora, invece, rimesso all'attività delle ANR.

La deregolamentazione indotta dalla nuova normativa comunitaria non va intesa, però, nel senso di autorizzare gli Stati membri a riappropriarsi di competenze normative laddove le norme comunitarie sembrano ritrarsi. Al contrario, testimonia la scelta compiuta dal "legislatore" comunitario di "limitare" la regolazione dei mercati e di subordinare la regolazione asimmetrica all'accertamento di un *deficit* di concorrenzialità degli stessi. Una scelta che deve essere considerata come un vincolo nei confronti degli Stati membri. Un vincolo da intendersi come un limite all'introduzione da parte degli Stati membri di regole specifiche diverse da quelle tipizzate a livello comunitario oppure di procedimenti differenti per l'imposizione di obblighi asimmetrici.

Un limite dunque "negativo" in quanto consistente in un obbligo di non introdurre regole o procedimenti, che possano modificare l'equilibrio individuato a livello comunitario tra concorrenza e regolazione.

20. La nuova normativa comunitaria in materia di accesso ed interconnessione: la direttiva "speciale" 2002/19/CE.

L'accertamento della posizione di significativo potere di mercato e la sua sanzione da parte delle ANR sono i presupposti per l'imposizione di obblighi agli operatori di comunicazione elettronica anche ai sensi della direttiva 2002/19/CE cd. direttiva accesso.

La direttiva accesso, che sostituisce la precedente normativa in materia di accesso alla rete e di interconnessione tra le reti, persegue lo scopo di dettare una normativa uniforme a livello europeo.

Il cardine di questa normativa è espresso dall'art. 3 della direttiva accesso che impone agli Stati membri di rimuovere qualsiasi ostacolo che impedisca agli operatori di negoziare tra loro liberamente gli accordi tecnici e commerciali relativi all'accesso ed all'interconnessione.

Ne deriva che ora la disciplina dell'accesso e dell'interconnessione è in via generale rimessa all'autonomia dei privati ed alla loro libera contrattazione mentre nel sistema precedente l'ex monopolista pubblico era per definizione, in quanto proprietario della rete pubblica di telecomunicazione obbligato a concedere l'accesso ai fornitori di servizi e l'interconnessioni agli altri operatori di rete sulla base di un sistema di tariffe predeterminato.

Tuttavia il nuovo principio della libera negoziazione è temperato da alcune previsioni normative.

Innanzitutto, l'art. 4.1 della direttiva accesso limita la libertà di contrattazione ponendo a carico delle imprese un l'obbligo di negoziare se richiesto da altri operatori. Questo obbligo di negoziare rappresenta una novità nella misura in cui è esteso a tutti gli operatori mentre nella vigenza della precedente normativa gravava solo sull'operatore di rete pubblica. L'obbligo a negoziare non rappresenta però un obbligo a concludere un accordo. Entro certi limiti, infatti, la riuscita della negoziazione è rimessa pur sempre alla volontà delle parti.

Ulteriori limitazioni alla libera negoziazione sono poi dovute alla necessità di assicurare un'efficiente interoperabilità delle reti.

Le ANR vigilano, come previsto dal primo capoverso del primo comma dell'art. 5, sullo sviluppo di un accesso e di un'interconnessione efficiente. Questo, al fine di assecondare la crescita di una concorrenza efficiente e garantire il massimo vantaggio agli utenti finali.

Per compiere questi specifici obiettivi le ANR possono imporre agli operatori obblighi ex art. 5 ed ex artt. 9-13 della direttiva accesso.

Fondamentale è però la differenza tra gli obblighi che possono essere imposti ex art. 5 e quelli invece ex artt. 9-13. Infatti, le misure ex art. 5 non sono direttamente correlate ad una particolare situazione di mercato, vale a dire ad una posizione dominante ma genericamente connesse con la necessità di garantire l'accessibilità per gli utenti finali. In quanto trattasi di misure genericamente connesse con l'accessibilità e non tipizzate normativamente ma rimesse anche per la loro determinazione alle ANR devono essere proporzionali, non discriminatorie e, comunque, sottoposte al vaglio preventivo della Commissione europea.

Le misure di cui agli artt. 9-13 della direttiva accesso, invece, sono espressamente tipizzate e possono essere imposti dalle ANR solo agli operatori con significativo potere di mercato e sempre dopo che sia stato esperito il procedimento

previsto dalla direttiva quadro. Questo significa che possono essere imposte agli operatori solo in via sussidiaria rispetto alla loro capacità di autoregolarsi ed alla capacità delle norme antitrust di garantire il funzionamento di un mercato concorrenziale.

Le misure asimmetriche consistono in obblighi di trasparenza (art. 9); di non discriminazione (art. 10); di separazione contabile (art. 11); e, soprattutto di accesso alla rete o a parti delle rete (art. 12) nonché di controllo del prezzo e di contabilità dei costi (art. 13).

21. Gli obblighi di regolazione imposti all'entrata nel settore delle comunicazioni elettroniche: la direttiva 2002/20/CE.

Uno degli obiettivi qualificanti del *Framework 2002* è la semplificazione e l'armonizzazione delle procedure amministrative necessarie per entrare nei mercati afferenti al settore delle comunicazioni elettroniche. Questo obiettivo è perseguito con la generalizzazione dell'istituto dell'autorizzazione generale e con la conseguente limitazione dei casi in cui è possibile ricorrere alle licenze individuali.

L'autorizzazione generale non è, come il *nomen iuris* suggerirebbe un provvedimento amministrativo inteso come atto con il quale la pubblica amministrazione abilita un determinato soggetto ad esercitare una determinata attività. Si tratta, invece, come l'art. 2, comma 2, lett. a) precisa, di un quadro normativo che garantisce i diritti alla fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica e stabilisce gli obblighi specifici per il settore applicabili a tutti i tipi o a tipi specifici di servizi e di reti di comunicazione elettronica.

Non di un atto amministrativo dunque, ma di una fonte normativa di regolazione¹²¹. Una fonte che contiene obblighi di regolazione specifici e concettualmente diversi da quelli finora analizzati.

Il fenomeno delle autorizzazioni generali come atti sostanzialmente normativi non è una novità. L'esempio più importante al riguardo è, indubbiamente, quello delle autorizzazioni generali che il Garante della privacy può definire per il trattamento dei dati.

Inoltre, anche nel settore delle telecomunicazioni l'autorizzazione generale

¹²¹ Così M. CLARICH, *Il nuovo sistema delle autorizzazione per le reti e i servizi di comunicazione*, cit., 149.

nell'accezione qui considerata era stata introdotta già con la direttiva 97/13/CE.

La normativa precedente disciplinava l'accesso degli operatori al mercato basandosi su un sistema misto fondato sulle licenze individuali e, preferibilmente, sull'autorizzazione generale.

Inoltre, prevedeva un catalogo di condizioni apponibili all'autorizzazione generale piuttosto esteso ed obbligatorio, nel senso che tutte le condizioni dovevano essere richieste a tutte le imprese.

Infine, il vecchio sistema permetteva che fosse mantenuto un intervallo tra il momento della comunicazione della volontà di avviare un'attività e l'avviamento concreto.

La nuova normativa modifica tutte e tre queste scelte.

In primo luogo il campo d'applicazione delle licenze individuali è ulteriormente ristretto e la concessione subordinata a procedimenti trasparenti.

In secondo luogo la nuova autorizzazione generale è sempre una fonte normativa e le condizioni che corredano l'autorizzazione sono sempre elencate in maniera piuttosto dettagliata, come si evince dagli allegati alla direttiva autorizzazioni. Tuttavia queste condizioni elencate negli allegati non devono, come era invece in precedenza, obbligatoriamente corredare l'autorizzazione generale. Al contrario, l'art. 6, comma 1, della direttiva autorizzazione prevede che esse possano essere imposte solo se risultano giustificate per il servizio in questione e comunque sulla base dei principi di proporzionalità, trasparenza e non discriminazione.

Infine, la nuova direttiva fa esplicitamente venir meno l'intervallo tra comunicazione dell'intenzione di intraprendere l'attività e l'inizio dell'attività d'impresa.

Questa scelta fa sì che non siano più legittime tutte quelle procedure nazionali che si fondavano su istituti quali ad esempio l'istituto del silenzio assenso oppure la denuncia di inizio attività che invece prescrivono un intervallo tra comunicazione ed inizio attività.

Il controllo sul rispetto delle condizioni apposte all'autorizzazione generale si deve configurare solo come un controllo successivo e la sanzione del divieto di proseguire l'attività solo come *extrema ratio* legata a violazioni gravi e ripetute delle condizioni normative previste.

22. Gli obblighi di servizio universale nel nuovo contesto normativo: la direttiva 2002/22/CE .

Quanto affermato riguardo al rapporto tra regolazione e concorrenza nel nuovo *Framework 2002* impone una specifica riflessione su una particolare categoria di obblighi di regolazione: gli obblighi di servizio universale¹²².

Il rapporto tra obblighi di servizio universale e obblighi di regolazione ha, infatti, una grande rilevanza dal punto di vista sistematico. Ciò perché, mentre gli obblighi di regolazione consistenti in obblighi asimmetrici sono stati storicamente utilizzati per tutelare e favorire la concorrenzialità dei mercati ed, in sostanza, per assicurare una liberalizzazione sostanziale, al contrario, gli obblighi di servizio universale sono stati pensati per tutelare i cittadini¹²³.

Partendo da questa premessa, gli obblighi di regolazione asimmetrici possono (e devono) essere limitati e progressivamente aboliti in un mercato perfettamente concorrenziale, mentre gli obblighi di servizio universale non sono sempre direttamente connessi con il funzionamento del mercato.

Questo spiega perché, nel nuovo *Framework 2002*, taluni obblighi di servizio universale siano ancora definiti *ex ante* e sottratti, pertanto, al principio della sussidiarietà della regolazione rispetto alla concorrenza. Più precisamente la direttiva servizio universale distingue fra obblighi di servizio universale, che in un mercato concorrenziale devono essere imposti a tutti gli operatori o ripartiti tra di essi, ed altri obblighi che, invece, possono essere imposti unicamente agli operatori notificati con significativo potere di mercato. Senza poter entrare nell'esame specifico delle norme che disciplinano gli obblighi di servizio universale, la designazione delle imprese e la ripartizione dei costi, bisogna osservare che la disciplina degli obblighi di servizio universale si lega strettamente con l'evoluzione del ruolo della Comunità in materia di servizi di interesse economico generale.

L'espansione della competenza comunitaria su tale materia e la contiguità tra gli obblighi di servizio universale elaborati a livello comunitario e gli obblighi di servizio

¹²² La direttiva 2002/22/CE sostituisce la precedente direttiva 98/10/CE e puntualizza gli obblighi di servizio universale gravanti sugli operatori alla luce dell'innovazione tecnologica, prevedendo nuove ed importanti modalità di finanziamento del costo netto del servizio universale.

¹²³ La differenza tra obblighi volti a difendere la concorrenzialità ed obblighi volti alla tutela degli utenti è operata sistematicamente da R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza, cit., passim*.

pubblico tipici degli ordinamenti nazionali pone un problema interpretativo ancora in buona parte da definire e che in questa sede può essere solo impostato. Il problema è innanzitutto di decidere se gli obblighi di servizio universale costituiscono il punto d'equilibrio inderogabile, stabilito a livello comunitario, tra tutela della concorrenza e tutela dei cittadini oppure se gli obblighi suddetti debbano intendersi come un livello minimo elevabile ed estensibile a livello statale.

Dall'adesione all'una oppure all'altra opzione deriva, evidentemente una minore oppure una maggiore autonomia per i legislatori nazionali (ed eventualmente per i legislatori regionali). Detto in altri termini, e più in generale, il problema delicato che si pone riguarda ancora una volta la concorrenzialità del mercato su base europea da un lato ed il riconoscimento ai cittadini di diritti ulteriori su base nazionale. Il punto di equilibrio tra interventi regolatori che garantiscono il servizio universale, ma che inevitabilmente introducono distorsioni della concorrenza non è probabilmente ancora stato individuato. O meglio forse, quello individuato dal "legislatore" comunitario e quello individuato precedentemente dagli ordinamenti nazionali non coincidono ancora del tutto.

Osservazioni conclusive e criticità del nuovo quadro regolatorio.

Il *Framework* 2002 ha profondamente riformato i principi su cui deve basarsi una regolazione efficiente ed efficace nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Il principio fondamentale posto dalla normativa comunitaria è quello della sussidiarietà della regolazione rispetto alla capacità dei mercati di autoregolarsi.

Questo principio rappresenta senza dubbio la chiave per comprendere il disegno perseguito a livello comunitario nel settore qui in esame. Lo strumento concretamente adottato per perseguire l'obiettivo di subordinare la regolazione all'accertamento dell'incapacità del mercato di autoregolarsi è, come si è visto, quello della regolazione *ex post*. Una regolazione da introdursi solo nei casi in cui si accerti attraverso l'analisi dello specifico mercato, la necessità di porre obblighi di regolazione alle imprese in posizione dominante.

Le ANR, autorità indipendenti dagli operatori e (preferibilmente) dal circuito politico rappresentativo sono i soggetti chiamati a "controllare" in collaborazione con la Commissione europea e con le Autorità nazionali antitrust il corretto funzionamento dei mercati afferenti al settore delle comunicazioni elettroniche.

Le ANR sono, in particolare, competenti a svolgere le analisi sul funzionamento dei mercati e ad imporre, sulla base del principio di proporzionalità, gli obblighi di regolazione strettamente necessari alla correzione del malfunzionamento del mercato.

L'attività di analisi deve essere compiuta, come si è avuto modo di analizzare, sulla base delle indicazioni ricevute dalla Commissione europea ed i risultati dell'analisi comprese le proposte di regolazione devono essere rimesse alla Commissione stessa. Quest'ultima valuta la loro congruità ed in taluni casi può addirittura opporre un veto all'emanazione delle misure di regolazione proposte.

Il rapporto che si instaura tra Commissione europea e ANR nell'analisi dei mercati è, appunto, il secondo tratto distintivo del Framework 2002. La creazione di un sistema a rete di Autorità nazionali e la loro collaborazione con la Commissione europea anche attraverso il Gruppo di regolatori europei è, infatti, lo strumento con cui si persegue l'obiettivo di armonizzare a livello europeo l'applicazione concreta della normativa comunitaria.

Questa necessità, giustificata dal fatto che un'applicazione oltremodo difforme della normativa europea potrebbe precludere la creazione di un mercato concorrenziale su scala europea rappresenta un'importante novità di sistema. Questo perché configura per gli Stati un vincolo che va ben oltre la mera trasposizione della legislazione comunitaria.

Proprio la necessità di un'esecuzione uniforme a livello nazionale delle procedure disciplinate nel Framework 2002 appare oggi il problema più evidente come sollevato dalla Commissione europea nella Comunicazione sul processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni.¹²⁴

La Commissione ha constatato nella Comunicazione che venti Stati membri, nel frattempo diventati ventiquattro, hanno completato la trasposizione legislativa. Il che, per un verso, è evidentemente un risultato di per sé significativo e lo è ancor di più se si considera che solo otto procedure di infrazione, per lo più derivanti da ritardo nella trasposizione, sono state ad oggi contestate.

Tuttavia la Commissione europea ha, per un altro verso, sottolineato con una certa preoccupazione che proprio il cuore della riforma, cioè le procedure di analisi dei mercati, stanno procedendo con estrema lentezza in quasi tutti gli Stati membri. Nello specifico, le ANR hanno svolto solo in parte l'analisi dei mercati rilevanti. Questo ha

¹²⁴ Si tratta della Comunicazione su La Regolamentazione e mercati europei delle comunicazioni elettroniche adottata il 2 dicembre 2004..

comportato un blocco nel procedimento che, come si è visto, a norma dell'art. 7 della direttiva quadro prevede che le analisi ed i progetti di misure di regolazione debbano essere trasmessi dalle ANR alla Commissione.

A fine del 2004 solo le ANR di quattro Stati membri (Austria, Finlandia, Portogallo, Regno Unito) avevano provveduto ad avviare i procedimenti per la ridefinizione degli obblighi di regolazione notificando alla Commissione i propri progetti di misura. Dalla fine del 2004 ad oggi altri Paesi tra cui l'Italia hanno concluso l'analisi dei mercati e provveduto a dar corso ai processi di ridefinizione.

Peraltro è innegabile che proprio il procedimento ex art. 7 della direttiva quadro, che nelle intenzioni del legislatore comunitario doveva essere un meccanismo elastico ed idoneo a seguire rapidamente i mutamenti del mercato si sta dimostrando almeno in questa fase macchinoso ed incerto. Questo è evidente se si pone attenzione al fatto che a distanza di quasi tre anni dall'entrata in vigore della normativa comunitaria le misure di regolazione allora ritenute superate permangono in buona parte in vigore.

Questo fatto, sottolineato recentemente anche dal Commissario Reading, ha aperto un interessante dibattito sulle strategie per contrastare il malfunzionamento del sistema. Due sembrano ad oggi essere le soluzioni prospettate: la creazione di un'Autorità di regolazione europea e la semplificazione del procedimento di notifica preventiva da parte delle ANR.

Le due proposte non sono antitetiche come spesso vengono presentate quando si sottolinea che la creazione di un'Autorità di regolazione europea mirerebbe ad un ulteriore accentramento delle decisioni a livello europeo mentre la semplificazione del procedimento di notifica lascerebbe alle ANR un maggiore spazio d'azione dato che la Commissione non potrebbe intervenire in via preventiva ma solo successivamente.

Al contrario i due interventi potrebbero essere, *de iure condendo*, parti di un'unica strategia di riforma che da un lato rafforzerebbe il potere d'intervento anche in via sostitutiva del livello europeo attraverso un'Autorità indipendente di livello europeo e dall'altro lato potrebbe, nel rispetto pieno del principio di sussidiarietà, garantire alle ANR la possibilità di adottare gli atti ritenuti necessari senza la necessità di attendere il controllo preventivo e vincolante che ora spetta alla Commissione.

È evidente che il dibattito su nuove ipotesi di riforma in un settore già oggetto di profonde trasformazioni dovrà svilupparsi ed approfondirsi tenendo presente i risultati che l'attuale sistema avrà raggiunto nel momento in cui funzionerà a regime. Inoltre, sarà assolutamente importante analizzare con attenzione i provvedimenti della

Comunità europea che sono in via di definizione in settori dell'ordinamento, quelli dei servizi a rete e cioè gas, elettricità acqua, che hanno almeno in parte caratteristiche simili al settore delle comunicazioni elettroniche.

Questa analisi potrà essere sicuramente parte di un nuovo studio avente come oggetto la disciplina di quei settori e delle proposte di riforma attualmente in discussione. Uno studio che potrà per certo avere risultati anche parzialmente difformi da quelli ottenuti nel presente lavoro, ma che non potrà mettere in dubbio la prospettiva d'analisi multilivello qui adottata che appare oggi una prospettiva obbligata nell'approccio allo studio di molti settori degli ordinamenti nazionali.