

TEMI

RASSEGNA
DI DOTTRINA
E GIURISPRUDENZA

ROMANA

TIPOGRAFIA
SUPEMA

ROMA

A CURA DEL

CONSIGLIO
DELL'ORDINE
DEGLI
AVVOCATI
DI ROMA

1

ANNO LII.
GENNAIO/APRILE
2003



DIRETTORE RESPONSABILE
Avv. Federico Bucci

DIRETTORE SCIENTIFICO
Avv. Laura Vasselli

COMITATO DI DIREZIONE

Avv. Goffredo Barbantini
Avv. Gian Domenico Caiazza
Avv. Fioravante Carletti
Avv. Alessandro Cassiani

Avv. Donatella Cerè
Avv. Giovanni Cipollone
Avv. Domenico Condello
Avv. Salvatore Orestano
Avv. Grazia Pirisi
Avv. Piero Sandulli

Avv. Gabriele Scotto
Avv. Giovambattista Sgromo
Avv. Carlo Testa

REDATTORE CAPO
Avv. Paolo De Nardo

FRANCESCO GRAZIADEI

CODICE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE: UN QUADRO REGOLAMENTARE "CONVERGENTE"?

I sintetici rilievi che seguono evidenziano alcuni punti critici del Decreto legislativo n. 259 del 2003,¹ di recepimento delle direttive comunitarie 2002/19/CE,² 2002/20/CE,³ 2002/21/CE,⁴ 2002/22/CE,⁵ recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche".

Come noto le direttive comunitarie sopra richiamate costituiscono il nuovo quadro regolamentare disciplinante l'attività di operatore di reti di comunicazione elettronica e/o quella di fornitore di servizi di comunicazione elettronica (toccando aspetti quali i procedimenti autorizzatori, la disciplina degli obblighi di fornire accesso alla propria rete, i meccanismi per garantire l'adempimento degli obblighi di servizio universale ecc.).

Le direttive del 2002 intervengono, riformandola e semplificandola, sulla copiosa produzione normativa comunitaria che ha accompagnato la liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni a partire dalla fine degli anni '80.

Una delle ragioni che ha spinto il legislatore comunitario ad intervenire nuovamente e significativamente nel settore è rappresentata dall'esigenza di adeguare il quadro normativo precedentemente in vigore all'evoluzione tecnologica, la quale, grazie alla progressiva digitalizzazione di ogni forma di comunicazione a distanza, ha determinato la convergenza di fenomeni precedentemente distinti e - conseguentemente - ha condotto il regolatore ad assumere che ogni forma di servizio di comunicazione elettronica nonché ogni rete digitale per la diffusione e distribuzione di tali servizi dovesse essere disciplinata secondo regole uniformi. Dunque alla convergenza tecnologica doveva seguire necessariamente la "convergenza regolamentare" superando quegli "steccati" normativi e concettuali che storicamente hanno visto le telecomunicazioni disciplinate secondo regole differenti rispetto alle diffusioni radiotelevisive.

Questa filosofia è chiaramente espressa in tutto il percorso di gestazione delle nuove direttive adottate nel 2002⁶ e ve ne è chiara traccia nelle direttive stesse.

¹ Decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, n. 214 del 15 settembre 2003, supplemento ordinario n.150.

² Direttiva 2002/19/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime ("direttiva accesso"), pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, L 108/7 del 24.4.2002.

³ Direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica ("direttiva autorizzazioni") pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, L 108/21, del 24.4.2002.

⁴ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica ("direttiva quadro"), pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, L 108/33 del 24.4.2002.

⁵ Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica ("direttiva servizio universale") pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, L 108/51, del 24.4.2002.

⁶ In particolare nella Comunicazione della Commissione europea "Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services - The 1999 Communication Review" (COM(1999)539), che ha preparato l'adozione del pacchetto di direttive del 2002, la Commissione afferma che "currently, different rules apply to the regulation of different

communication infrastructure and associated services. But convergence means the same services can be carried over any transmission network, whether fixed or mobile, telecommunications or cable TV, satellite or terrestrial. Separate regulatory frameworks for different communications infrastructures and associated services are therefore likely to be inconsistent and could potentially distort competition".

⁷ Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica ("direttiva concorrenza"), pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, L 249/21 del 17.9.2002. La direttiva in particolare adegua e consolida le direttive di liberalizzazione adottate dalla Commissione europea sulla base dell'articolo 86 (ex art. 90) del Trattato Ce a partire dalla fine degli anni '80, allineandole ai mutamenti introdotti dal pacchetto di direttive adottate nel marzo 2002. Esulano dagli obiettivi della presente sintetica trattazione i profili relativi alle eventuali criticità derivanti dal mancato recepimento esplicito della "direttiva concorrenza" da parte del Codice delle comunicazioni elettroniche.

⁸ Secondo l'art 2 lettera a) della più volte richiamata direttiva 2002/21/CE (direttiva "quadro") rientrano nella definizione di reti di comunicazione elettronica cui si applica l'intero "set" di regole di cui al pacchetto di direttive del 2002, "i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e le altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa internet), le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato".

⁹ Si vedano a riguardo il 19° considerando e l'articolo 9.1, 3 e 4 della Direttiva 2002/21/CE ("direttiva quadro"), l'articolo 5 della Direttiva 2002/20/CE

Richiamo in particolare il quinto considerando della direttiva 2002/21/CE dove si afferma che "[l]a convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione implica l'esigenza di assoggettare tutte le reti di trasmissione e i servizi correlati ad un unico quadro normativo" ma anche il settimo considerando della direttiva 2002/77/CE⁷ (la quale, pur se non recepita espressamente dal "Codice", è parte integrante del pacchetto di direttive europee sulle comunicazioni elettroniche adottato nel corso del 2002), dove si chiarisce che "[l]a presente direttiva fa riferimento ai "servizi di comunicazione elettronica" e alle "reti di comunicazione elettronica"⁸ anziché ai termini "servizi di telecomunicazione" e "reti di telecomunicazione" precedentemente usati. Queste nuove definizioni si sono rese necessarie per tenere conto del processo di convergenza tra i settori interessati, inglobando in un'unica definizione tutti i servizi e le reti di comunicazione elettronica che intervengono nella trasmissione di segnali via cavo, via radio, a mezzo fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici (ossia reti fisse, radiomobili, televisive, via cavo, satellitari). [...]"

Tra i principi del nuovo quadro regolamentare comunitario, ai fini delle presenti osservazioni si richiama in particolare la disciplina relativa all'assegnazione/circolazione dei diritti d'uso sulle frequenze radioelettriche necessarie alla diffusione di servizi o contenuti digitali via etere terrestre. Le direttive fanno obbligo agli Stati membri di assegnare le radiofrequenze sulla base di "criteri obiettivi, trasparenti non discriminatori e proporzionati", fatti salvi i criteri e procedure specifici per concedere i diritti d'uso delle frequenze per il conseguimento di obiettivi di interesse generale.⁹

Il "Codice delle comunicazioni elettroniche" sembra invece non condividere fino in fondo la filosofia sottesa al nuovo pacchetto di direttive del 2002.

In particolare vari passaggi del testo mostrano l'intenzione di escludere dal campo di applicazione del "Codice" la disciplina delle reti televisive e radiofoniche con riferimento ad alcuni aspetti qualificanti della stessa.¹⁰

Quanto sopra si ricaverebbe da alcune norme del "Codice". Tra le altre, si richiamano in particolare: a) l'articolo 2, comma 3, il quale, nel definire il campo di applicazione della nuova disciplina, prevede espressamente che "rimangono ferme e prevalgono sulle disposizioni del presente Codice le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi"; b) l'articolo 38, in tema di concessioni e autorizzazione preesistenti,¹¹

("direttiva autorizzazioni"), il considerando 11 e l'articolo 4 della Direttiva 2002/77/CE ("direttiva concorrenza").

¹⁰ Tale scelta è già evidente nella legge delega, la quale - ad esempio - annovera fra i criteri direttivi del Codice "l'utilizzazione efficiente dello spettro radio, ferme restando le disposizioni vigenti in materia di radiodiffusione sonora e televisiva.[...]" (Legge 1 agosto 2002,

n. 166 recante "Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 181 del 3 agosto 2002 - Supplemento Ordinario n. 158, art. 41).

¹¹ Si rammenta che la Direttiva "autorizzazioni" detta una disciplina che prevede il ricorso generalizzato al regime di autorizzazione generale e pertanto richiede una revisione dei titoli abilitativi attualmente vigenti nel settore delle

telecomunicazioni, che in larga parte si fondano su un provvedimento di licenza individuale.

¹² Si veda il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AS267, del 23 maggio 2003, bollettino n. 37/2003, nonché il verbale della seduta del 2 luglio 2003 della IX Commissione della Camera dei Deputati, recante l'audizione del presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Prof. Giuseppe Tesoro, sulle problematiche relative agli schemi di decreto legislativo recanti il Codice delle Comunicazioni elettroniche. Considerazioni analoghe a quelle formulate dal Prof. Tesoro si rinvenivano altresì nella Proposta di parere alternativo sullo Schema di decreto legislativo recante i Titoli I e II del Codice delle comunicazioni elettroniche a firma degli Onorevoli Rognoni, Panattoni, Lusetti, Duca, Pasetto e Di Gioia, Allegato n. 2 al verbale della seduta del 16 luglio 2003 della IX Commissione della Camera dei Deputati.

¹³ Ci si riferisce in particolare al combinato disposto della legge Legge 20 marzo 2001, n. 66 (di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 23 gennaio 2001, n. 5, recante disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi, ed in particolare del suo articolo 2-bis), e della delibera Delibera n. 435/01/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 6 dicembre 2001, n. 284, suppl. ord. n. 259*), la quale, in attuazione della suddetta legge n. 66, ha approvato il regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale, nonché a quanto previsto dal disegno di legge contenente "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI -

in base al quale, mentre è previsto che le licenze o autorizzazioni già rilasciate agli operatori di telecomunicazione si adeguino al nuovo Codice (salva la possibilità di una deroga temporanea), con il comma 4 si stabilisce che "restano ferme le norme speciali sulle concessioni ed autorizzazioni preesistenti in materia di radiodiffusione sonora e televisiva"; c) l'articolo 27, comma 5 il quale prevede che "fatti salvi i criteri e procedure specifici previsti dalla normativa vigente in materia di concessione di diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, i diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie". Rimane in vita pertanto un regime speciale per la assegnazione e circolazione dei diritti d'uso delle radiofrequenze per uso radiofonico o televisivo.

Si sottolinea pertanto come il "Codice" operi - sul piano formale - un recepimento "zoppo" delle direttive del 2002, le quali non contemplano le "esclusioni" invece previste dalla disciplina nazionale in commento.

L'Autorità di concorrenza ha avuto modo di evidenziare lucidamente tale aspetto esprimendosi sullo schema del Decreto legislativo recante il Codice delle comunicazioni elettroniche.¹²

Occorre allora chiedersi se, visto il rinvio del Codice a norme speciali per le reti radiotelevisive, da un punto di vista sostanziale il quadro normativo applicabile a tali reti sia comunque in linea con le indicazioni comunitarie.

Non sembra che ad una simile domanda possa darsi risposta affermativa.

Difatti, le norme "speciali" relative alle reti per la diffusione circolare di programmi televisivi e radiofonici, contenute tanto nella disciplina vigente che nella legge di sistema in corso di approvazione,¹³ non sembra si inseriscano correttamente nei binari tracciati dalle direttive comunitarie,¹⁴ dando luogo ad una disciplina che non condivide quei principi - uniformi e "trasversali" - chiaramente enunciati dal legislatore comunitario.

Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione (Atto Senato 2175-B), cosiddetta "legge Gasparri".

¹⁴ Le ragioni in base alle quali si ritiene che tanto la disciplina attualmente vigente che quella di futura adozione non realizzino un meccanismo di assegnazione/circolazione delle radiofrequenze in linea con i principi comunitari ed in genere configurino un sistema che, per quanto attiene alle reti televisive, non può dirsi conforme alle nuove norme europee, sono assai complesse e richiederebbero una autonoma trattazione, che non pare in linea con gli obiettivi del presente sintetico contributo.

¹⁵ Il Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Prof. Giuseppe Tesoro, nel corso

dell'audizione presso le commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati dello scorso 19 dicembre 2002 (si veda in particolare il Parere dell'Autorità AS247 del 19 dicembre 2002, in Boll. N. 49/2002), tenutasi nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sul riassetto del sistema radiotelevisivo" in occasione dell'avvio del dibattito parlamentare sul ddl Gasparri, ha in particolare affermato, con specifico riguardo al regime di assegnazione dei diritti d'uso delle radiofrequenze, che "il meccanismo prefigurato nel disegno di legge non appare inoltre in sintonia con il sistema previsto dalle nuove direttive comunitarie che impongono (estendendo anche al settore televisivo principi già stabiliti per il settore delle telecomunicazioni) rigorosi criteri di assegnazione e uso delle risorse frequenziali, prevedendo

in particolare che la loro allocazione e assegnazione sia fondata su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati".

Nella medesima occasione di cui sopra, ed in pari data rispetto all'audizione del Prof. Tesauro, è stato altresì ascoltato dalle commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati il Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Prof. Enzo Cheli, il quale, in una nota a corredo dell'audizione stessa, ha evidenziato che "né il testo dei disegni di legge, né le relazioni di

accompagnamento fanno però riferimento al pacchetto delle cinque nuove direttive (direttiva quadro e direttive in materia di accesso, autorizzazioni, servizio universale, e vita privata), che dovrebbero costituire la cornice naturale di riferimento per il nuovo panorama legislativo anche con riferimento al settore radiotelevisivo. Le frequenze destinate per l'attività radiotelevisiva rientrano infatti nella disciplina prevista per le comunicazioni elettroniche dal nuovo quadro regolamentare, così come quelle destinate alle telecomunicazioni". Entrambe le Autorità hanno ribadito tali considerazioni in occasione di una ulteriore audizione tenutasi lo scorso 10 settembre presso le Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, che esaminavano il testo del ddl Gasparri in terza lettura.

La distanza dal quadro di riferimento comunitario delle norme in tema di emittenza radiotelevisiva che il Parlamento si accinge ad approvare è stata peraltro autorevolmente sottolineata sia dall'Autorità di concorrenza che dall'Autorità di settore.¹⁵