



IL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO NEL TERZO MILLENNIO:
SCRITTI IN ONORE DI PAOLA BILANCIA
2 FEBBRAIO 2022

La multilevel “governance” delle
comunicazioni elettroniche venti anni
dopo il Framework 2002

di Marco Orofino
Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano



La multilevel “governance” delle comunicazioni elettroniche venti anni dopo il Framework 2002*

di Marco Orofino

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: L’oggetto di questo scritto è analizzare quali risposte i decisori abbiano offerto alle trasformazioni profonde che negli ultimi venti anni hanno caratterizzato il settore delle comunicazioni elettroniche. L’attenzione è per questo rivolta in modo particolare all’approvazione, a livello europeo, della Direttiva UE 2018/1972 che ha istituito il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche. Sono messe in luce le innovazioni introdotte, rispetto al precedente quadro normativo, nella gestione dello spettro radio, in materia di regole pro-concorrenziali, di servizio universale ed alla governance istituzionale. Inoltre è oggetto di analisi la nuova disciplina delle reti ad altissima capacità.

Abstract [En]: The purpose of this paper is to analyze the answers given by the legislators to the deep transformations that have characterized the electronic communications sector in the course of twenty years. Specific attention is paid to the approval, at European level, of the EU Directive 2018/1972, which established the European Electronic Communications Code. The innovations introduced, compared to the previous regulatory framework, in the management of the radio spectrum, in the field of pro-competitive rules, universal service and institutional governance, are highlighted. Furthermore, the paper analyzes the new regulation of high capacity networks.

Parole chiave: comunicazioni elettroniche; Codice europeo delle comunicazioni elettroniche; reti ad alta capacità; governo multilivello; innovazione

Keywords: Electronic communications; European electronic communications code; high capacity networks; multilevel governance; innovation

Sommario: 1. Premessa. 2. La scelta dello strumento della direttiva per elaborare un Codice europeo delle comunicazioni elettroniche. 3. L’ambito della rifusione codicistica tra consolidamento ed innovazione. 4. Le modifiche relative alla gestione dello spettro. 5. Le modifiche relative alle norme pro concorrenziali. 5.1. Le innovazioni relative alle analisi di mercato. 5.2. Le innovazioni relative agli obblighi asimmetrici imponibili. 6. La disciplina delle reti ad altissima capacità. 7. Le modifiche al regime del servizio universale. 8. Modifiche relative ai servizi e alle norme in materia di utenti finali. 9. Le modifiche alla *governance* istituzionale del settore. 10. Brevi osservazioni di sintesi.

1. Premessa

L’espressione *multilevel governance* ha avuto un notevole successo all’inizio del nuovo millennio¹.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il titolo di questo saggio riprende volutamente quello di un volume monografico pubblicato nel 2008, anche grazie all’aiuto e ai consigli della Prof.ssa Paola Bilancia, a cui questo scritto è oggi dedicato.

¹ Il termine *governance* è, come noto, un termine polisensu variando il suo specifico significato a seconda del contesto in cui viene utilizzato e dell’aggettivo che lo accompagna e lo connota. Inizialmente è stato utilizzato nell’ambito del diritto societario per indicare i complessi processi decisionali dei grandi gruppi industriali. Con l’espressione *corporate*

Essa è stata utilizzata per descrivere il modo con cui il potere è stato suddiviso verticalmente tra diversi livelli di governo, sovranazionali ed infra-statali, ed orizzontalmente tra soggetti pubblici e privati nonché, a livello internazionale, tra organizzazioni governative, quasi-governative e non governative. Il successo dell'espressione è stato essenzialmente legato alla sua capacità di spiegare i complessi fenomeni in quel momento in atto; fenomeni simultanei ma spesso opposti per direzione, talvolta di natura centripeta e talaltra centrifuga.

Se da un punto di vista descrittivo l'efficacia dell'espressione *multilevel governance* non può essere negata, da un punto di vista prescrittivo i risultati appaiono oggi più modesti. Nel senso che, nonostante gli sforzi compiuti, sia a livello europeo che a livello nazionale, non si è giunti ad un modello istituzionale capace di dare forma alla nuova complessità. Gli strumenti di raccordo tra i vari soggetti chiamati a dialogare per l'esercizio coordinato del potere non si sono istituzionalizzati, secondo un modello predeterminato, rimanendo piuttosto legati a singoli settori dell'ordinamento ed alle singole specificità che ciascun settore presenta².

Per cui possiamo parlare, partendo dalle diverse normative di riferimento, di una *multilevel governance* dell'energia, di una *multilevel governance* dei servizi finanziari, di una *multilevel governance* dei dati e, appunto, di una *multilevel governance* delle comunicazioni elettroniche.

Lo scopo di questo scritto è analizzare quali risposte i decisori abbiano offerto alle trasformazioni profonde che negli ultimi venti anni hanno caratterizzato il settore delle comunicazioni elettroniche.

L'attenzione è per questo rivolta in modo particolare all'approvazione, a livello europeo, della Direttiva UE 2018/1972 che ha istituito il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche. Il Codice è giunto al termine di un *iter* che ha avuto inizio con la Comunicazione della Commissione del 6 maggio 2015 che ha dettato una strategia per il mercato unico digitale in Europa. Nell'ambito di tale Strategia, da cui, come noto, sono scaturiti nel tempo molteplici atti, la Commissione ha dichiarato come la revisione del quadro

governance si sono intese le relazioni tra i soci all'interno e all'esterno degli organi societari e le relazioni tra i diversi gruppi societari. La nozione privatistica ha il pregio di prendere atto del superamento delle forme organizzative compatte e gerarchiche tipiche dell'impresa monoprodotto e del capitalismo familiare e della transizione verso configurazioni sociali più complesse. Trasmigrata nel diritto pubblico, la nozione di governance ha portato con sé l'idea della crisi della decisione politica come decisione assunta da un unico soggetto posto in una posizione di supremazia. V. in dottrina *ex multis* P. Bilancia, *Governance*, in M. Flores (a cura di), *Diritti Umani*, UTET, Torino, 2007. Per un inquadramento delle caratteristiche degli ordinamenti multilevel, v. L. Bobbio, M. Morisi, *Reti infrastrutturali, reti decisionali e rappresentanza nell'Unione Europea*, in *Teoria Politica*, 2001, fasc. 1, 65 ss.; F. Pizzetti, *La tutela dei diritti nei livelli substatuali*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti e momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 185 ss.

² V. in proposito la riflessione di R. Bin, *Contro la Governance: la partecipazione tra fatto e diritto* in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo verso nuove forme della democrazia*, CEDAM, Padova, 2011, 5 ss.

delle comunicazioni elettroniche fosse prioritaria al fine di fornire un quadro normativo alle innovazioni tecnologiche che caratterizzano la società digitale³.

La direttiva, approvata in data 11 dicembre 2018 ed entrata in vigore il 20 dicembre del medesimo anno prevedeva un'applicazione a tappe e la data del 21 dicembre 2020 come termine ultimo entro cui gli Stati avrebbero dovuto recepire le nuove norme sul piano interno.

Questa scadenza è stata ampiamente disattesa dalla stragrande maggioranza dei Paesi Membri obbligando così la Commissione ad aprire le procedure d'infrazione⁴. Certamente il ritardo è in parte legato all'impatto della pandemia sui sistemi decisionali nazionali (e sul confronto tra operatori e regolatori). In altra parte, come si cercherà di spiegare, l'allungamento delle procedure di trasposizione dipende anche dalle importanti innovazioni introdotte a livello europeo ed alla loro ricaduta su assetti istituzionali e normativi consolidati

Per quanto riguarda l'Italia, la legge di delegazione europea 2019-2020 ha dettato i criteri e i principi per il recepimento della direttiva 2018/1972 sul Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche. Ad essa si è aggiunta in tempi più recenti la legge n. 53/2021 recante la delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea per gli anni 2019 e 2020.

Con l'articolo 4 della legge di delegazione europea sono stati in particolare dettati i principi e i criteri direttivi che il Governo, nell'esercizio della delega, è chiamato a seguire per il recepimento della Direttiva che istituisce il Codice. Il loro esame come spesso accade, quando si tratta di trasporre atti europei con un grado di dettaglio piuttosto elevato, non aggiunge molto all'analisi.

Lo schema di decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri, è attualmente all'esame del Parlamento.

2. La scelta dello strumento della direttiva per elaborare un Codice europeo delle comunicazioni elettroniche

La direttiva UE 2018/1972 ha come base legale l'art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che prevede la possibilità per l'Unione europea di adottare le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto gli obiettivi posti dall'art. 26 del TFUE, ossia l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final.

⁴ Entro la data prevista dalla direttiva solo la Grecia, la Finlandia e la Polonia avevano notificato alla Commissione l'avvenuta implementazione. Per la Polonia, la Commissione ha sollevato forti dubbi sulla compatibilità delle norme interne rispetto all'indipendenza dell'ANR richiesta dalla nuova direttiva. La situazione ha portato la Commissione Europea ad avviare diverse procedure di infrazione nei confronti degli Stati Membri inadempienti. In data 4 febbraio 2021, si è aperta la procedura d'infrazione nei confronti di ben ventiquattro Stati membri. Ad oggi risultano ancora inadempienti numerosi Stati, tra i quali l'Italia.

Questa è una scelta nel senso della continuità rispetto alla storia degli interventi europei in materia di comunicazioni elettroniche (prima ancora di telecomunicazioni), che aveva, nell'apertura dei mercati nazionali e nella promozione di un mercato europeo, il suo obiettivo.

Di particolare interesse è però il fatto che la nuova direttiva chiarisca come il suo scopo sia anche assicurare la libertà di prestazione delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, riconducibile alla libertà d'impresa riconosciuta ex art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»)⁵, garantendo al contempo le necessarie restrizioni a tutela di diritti concorrenti o di eventuali interessi generali rilevanti quali l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica, coerentemente con l'articolo 52, paragrafo 1, della Carta stessa⁶.

La centralità dei diritti fondamentali è, quindi, un tratto distintivo della nuova disciplina.

La scelta compiuta dall'Unione europea di adottare una direttiva al fine di razionalizzare all'interno di un Codice europeo delle comunicazioni elettroniche il groviglio di normative che, a partire dal 2002, si sono susseguite nel settore delle comunicazioni elettroniche, merita una specifica attenzione.

Essa può sembrare, a prima vista, una scelta contraddittoria rispetto alle finalità dell'iniziativa.

Il Codice, come insegna la genesi stessa dello strumento, ha l'obiettivo di unificare un coacervo di norme adottate in tempi diversi in un unico ed armonico testo normativo⁷.

La direttiva è, secondo le categorie classiche, uno strumento di armonizzazione e riavvicinamento delle legislazioni nazionali. Gli ultimi decenni di produzione normativa europea ci hanno però insegnato come la qualificazione formale degli atti dell'UE non impedisca che essi poi contengano norme con vario grado di dettaglio. Per cui conosciamo Regolamenti che aprono margini di discrezionalità agli Stati, attraverso norme di rinvio o di principio, e Direttive che al loro interno contengono norme estremamente dettagliate che non consentono agli Stati membri particolari margini di autonomia nella trasposizione sul piano interno. Anche sul punto dell'efficacia diretta degli atti europei sappiamo come un certo riavvicinamento tra le due tipologie sia avvenuto, pur permanendo qui alcune invalicabili differenze formali⁸.

⁵ Sul riconoscimento di tale libertà nell'art. 16 della Carta e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia v. H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, C.H. Beck, 4 ed. 2021, 182 ss.

⁶ Sul sistema di limiti disegnato dall'art. 52 della Carta e sulla sua specificità rispetto alle Costituzioni nazionali cfr. T. Groppi, *Articolo 52. Portata dei diritti garantiti*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001, 351 ss.; v. per un esame analitico della clausola H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, cit., 502 ss.

⁷ La codificazione, in senso moderno, si sviluppa dopo la Rivoluzione francese allo scopo di eliminare il particolarismo giuridico e il pluralismo di fonti normative tipici delle società europee dell'epoca. Essa era legata ai caratteri dell'unitarietà, della coerenza sistematica e della stabilità nel tempo e ha accompagnato i processi di unificazione giuridica degli Stati nazionali e di affermazione dell'assolutismo giuridico. Cfr. P. Grossi, *Mitologia giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, ed. 2007, 85 ss.

⁸ V. sulla questione la sentenza Farrell del 10 ottobre 2017 in cui la Corte di giustizia ha chiarito i criteri ai fini dell'applicabilità delle direttive c.d. dettagliate. La Corte ha infatti che le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva possono essere invocate non soltanto nei confronti di uno Stato membro e di tutti gli organi della sua amministrazione, ma anche nei confronti di enti privati che siano soggetti all'autorità o al controllo dello Stato

Letta in questa prospettiva, la scelta della direttiva è, dunque, assai meno strana di quando potrebbe apparire a prima vista. Pur rimanendo, però, chiaro che non di unificazione normativa si tratta perché le legislazioni nazionali sono destinate a permanere.

Per comprendere la specificità della codificazione europea occorre ragionare sul fatto che essa sia in realtà una “rifusione”.

La “rifusione”, secondo la terminologia europea, consiste nell’adozione di un nuovo atto normativo che integra in un unico testo sia le modificazioni sostanziali che introduce in atti precedenti sia le disposizioni immutate di quest’ultimi. L’oggetto proprio della normativa di rifusione sono le modificazioni sostanziali che essa introduce nel corpo normativo precedente; a titolo accessorio, però la proposta include anche la codificazione delle disposizioni immutate dell’atto o degli atti precedente e di tali modificazioni sostanziali⁹.

In questo senso, la direttiva è quindi un codice *sui generis* con caratteristiche particolari.

Detto dell’importanza in sé dell’opera di codificazione e del conseguente riordino di una normativa ormai stratificatasi, al fine di perseguire l’obiettivo di avere norme chiare e più facilmente applicabili in tutta l’Unione, ora l’attenzione può volgere verso gli obiettivi sostanziali di questo intervento e le misure adottate per raggiungerli.

3. L’ambito della rifusione codicistica tra consolidamento ed innovazione

Il *corpus* normativo che va ad essere “rifuso” nel Codice è formato dalle quattro direttive in materia di comunicazione elettronica del cd. Framework 2002 (2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE) così come modificate dalle direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE e dai Regolamenti che avevano inciso su specifiche norme di tali direttive¹⁰.

Non sono oggetto di consolidamento nel Codice europeo delle comunicazioni elettroniche i Regolamenti 531/2012 e 2015/2120 in materia di *roaming* e neutralità delle rete, salvo che per le parti modificative delle

oppure che siano incaricati, con un atto della pubblica autorità, di prestare un servizio di interesse pubblico. Sulla sentenza M. Gnes, *L’opponibilità delle direttive agli enti privati con compiti di interesse pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 590 ss.

⁹ Sulla tematica della codificazione del diritto nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea e sugli strumenti utilizzati tra cui la tecnica di rifusione v. P. Mori, *La codificazione del diritto dell’Unione europea e i suoi strumenti*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 1, 2019, 109.

¹⁰ Sul *Framework 2002*, v. nella dottrina italiana si v. i saggi in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Torino, 2003, R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004; G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L’evoluzione del sistema delle comunicazioni elettroniche tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005; per un’analisi della trasposizione sul piano interno cfr. F. Donati, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007. Sia consentito, infine, rinviare anche a M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell’ordinamento multilivello*, Giuffrè, Milano, 2008. Sulle riforma del 2009, cfr. l’attenta ricostruzione di V.M. Sbrescia, *L’Europa delle comunicazioni elettroniche*, Jovene, Napoli, 2011.

direttive citate, e la direttiva 2014/53/UE riguardante l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato di apparecchiature radio¹¹.

Importante è anche segnalare come non sia oggetto di rifusione la direttiva 58/2002/CE (cd. direttiva ePrivacy). Nel 2002 tale atto si trovava a cavallo tra due corpi normativi, quello delle comunicazioni elettroniche e quello della protezione dei dati. Esso era parte del *Framework 2002* delle comunicazioni elettroniche ed era, allo stesso tempo, legato ad un rapporto di specialità con la storica direttiva 95/45/CE in materia di protezione dati¹².

La crescita esponenziale dei servizi *online* e i rischi per le libertà ed i diritti delle persone, i crescenti problemi di sicurezza e la necessità di accedere per fini di polizia e prevenzione alle telecomunicazioni, hanno spinto per un ripensamento dell'intero impianto normativo in materia di protezione dati, che è sfociato nella riforma del 2016¹³.

La direttiva ePrivacy è destinata a essere sostituita da un Regolamento, tutt'ora in discussione. Il nuovo Regolamento si configurerà come una normativa di dettaglio rispetto al Regolamento generale europeo sulla protezione dei dati (cd. GDPR) che, invece, pone le regole generali per la protezione dei dati personali¹⁴.

Per cui, pur permanendo indubbie zone di sovrapposizione tra i due settori, quelle delle comunicazioni elettroniche e quella della protezione dati, la regolamentazione e-privacy non è oggetto di rifusione e sarà attratta pienamente nell'orbita della protezione dei dati personali¹⁵.

Infine, sempre con riferimento all'ambito materiale del nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, di particolare interesse è il rapporto tra di esso e la direttiva 2015/1535 sui servizi della società dell'informazione. Alcuni servizi di comunicazione elettronica rientrano anche nella nozione di servizi della società dell'informazione. Le disposizioni della direttiva 2015/1535 si applicano a quei servizi di comunicazione elettronica solo nella misura in cui il Codice o altri atti giuridici dell'Unione non prevedano disposizioni più specifiche¹⁶.

¹¹ Con riferimento alla direttiva 2014/53/UE, il considerando n. 8 specifica che il Codice delle comunicazioni elettroniche non pregiudichi la sua applicazione ma che tuttavia esso si applichi ai ricevitori autoradio e ai ricevitori radio di consumo e alle apparecchiature di televisione digitale di consumo.

¹² Sia consentito sul punto rinviare a M. Orofino, 2008

¹³ V. per tutti F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo, Giappichelli, Torino, 2016

¹⁴ La proposta di regolamento e-privacy è stata approvata dal Consiglio in data 10 febbraio 2021 e rimessa al Parlamento. Se si dovesse giungere all'approvazione entro fine 2021 poi decorreranno due anni per la piena applicazione del nuovo atto. Tra il Regolamento e-privacy ed il GDPR vi sarà uno stretto legame, perché andrà a precisare e integrare il GDPR. Introdurrà anche norme relative a materie che non rientrano nell'ambito di applicazione del GDPR. Il Regolamento e-Privacy contiene infatti, nell'attuale versione anche norme che tutelano le persone giuridiche mentre il GDPR si applica solo ai dati personali degli individui.

¹⁵ Come peraltro era già avvenuto in ambito nazionale posto che le direttive del 2002 sulle comunicazioni elettroniche erano state trapiantate nel Codice delle comunicazioni elettroniche e la direttiva 58/2002 nel Codice di protezione dati.

¹⁶ Cfr. Cons. 10

Questa previsione conduce ad una situazione per la quale la direttiva 2015/1535 opera come *lex generalis* e il nuovo Codice, per la parte applicabile ai servizi della società dell'informazione, come *lex specialis*. Più prosaicamente va detto che è in corso anche la riforma della disciplina dei servizi della società dell'informazione e che quando essa giungerà a termine probabilmente saranno ridefiniti i confini tra le due normative. I confini sono oggi tratteggiati nella misura in cui i considerando del Codice europeo specificano comunque che i servizi di comunicazione elettronica come la telefonia vocale, i servizi di messaggistica e i servizi di posta elettronica sono disciplinati integralmente dal Codice; che la stessa impresa, ad esempio un fornitore di servizi internet, può offrire sia un servizio di comunicazione elettronica, quale l'accesso ad Internet, sia servizi non contemplati dalla presente direttiva, ad esempio la fornitura di materiale in rete e non relativo alle comunicazioni oppure una trasmissione di contenuti sonori o radiotelevisivi.

Gli ultimi due passaggi per definire l'ambito della rifusione e il suo essere in bilico tra consolidamento ed innovazione riguardano l'analisi della nuova nozione di servizi di comunicazione elettronica e i nuovi obiettivi.

Per quanto riguarda la nozione di “servizi di comunicazione elettronica”, la direttiva 2018/1972 ne amplia il contenuto. Ai sensi dell'art. 2.4 sono servizi di comunicazione elettronica quelli che forniscono un «servizio di accesso a internet», un «servizio di comunicazione interpersonale»; servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina e per la diffusione circolare radiotelevisiva. Il presupposto, comune a ciascun tipo di servizio, è che essi siano forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche¹⁷.

Per cui, rispetto al passato, si chiarisce che divengono oggetto del quadro normativo anche tutte le attività svolte da quelle *imprese* che forniscono online, in modalità *number independent*, servizi sostitutivi dei tradizionali servizi di comunicazione interpersonale, quali servizi di messaggistica, chat, videochiamate etc.

Per quanto riguarda i nuovi obiettivi, essi sono riportati nell'art. 1 par. 2. del Codice europeo.

Essi sono la realizzazione di “ un mercato interno delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica che si traduca in realizzazione e diffusione di reti ad altissima capacità, concorrenza sostenibile, interoperabilità dei servizi di comunicazione elettronica, accessibilità, sicurezza delle reti e dei servizi e vantaggi per gli utenti finali”; nonché la garanzia della “fornitura in tutta l'Unione di servizi di buona

¹⁷ Si ponga attenzione al fatto che sulla base del cons. 16 sono servizi a pagamento non solo quelli prestati dietro remunerazione diretta del servizio ma anche quelli in cui il servizio è prestato in cambio della “comunicazione di dati personali o di altri dati. Il concetto di remunerazione dovrebbe pertanto ricomprendere le situazioni in cui il fornitore di un servizio chiede all'utente finale dati personali ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 o altri dati, e questi glieli trasmette consapevolmente, per via diretta o indiretta”.

qualità accessibili al pubblico e a prezzi abbordabili, attraverso una concorrenza efficace e un'effettiva possibilità di scelta, disciplinare i casi in cui le esigenze degli utenti finali, compresi quelli con disabilità per consentire loro di accedere ai servizi su un piano di parità con gli altri, non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato e stabilire i necessari diritti degli utenti finali”.

Per un verso, possiamo dire che essi ricalcano gli obiettivi che erano propri delle quattro direttive del *Framework 2002*. Questo è evidente nei riferimenti all'accesso al mercato, alla concorrenza sostenibile, all'interoperabilità, alla qualità dei servizi. Per un altro verso appaiono immediatamente evidenti alcuni elementi di forte innovazione come lo sviluppo delle reti ad alta capacità e la promozione degli investimenti.

Le innovazioni introdotte nella definizione dei “servizi di comunicazione elettronica” e negli obiettivi del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche sono estremamente importanti. Questo perché i nuovi obiettivi evidenziati sono in grado di incidere anche sulle norme rimaste immutate rispetto al precedente quadro normativo guidandone l'applicazione e l'interpretazione verso orizzonti nuovi.

Tenendo questo presente è possibile ora volgere lo sguardo alle specifiche innovazioni introdotte dal Codice europeo che toccano tutti i punti qualificanti del preesistente corpo normativo delle comunicazioni elettroniche, partendo dalla gestione dello spettro radio, passando per le misure asimmetriche a favore della concorrenza, per il servizio universale e per la tutela degli utenti fino alla governance istituzionale.

4. Le modifiche relative alla gestione dello spettro

La prima innovazione che emerge dal nuovo quadro normativo consiste nell'obbligo di coordinamento tra gli Stati membri, posto ex art. 28 del Codice, per far fronte ai problemi relativi alle interferenze transfrontaliere. In altri termini, gli Stati sono tenuti ad assicurare, sul proprio territorio, un utilizzo dello spettro radio armonizzato che non ostacoli l'uso dello spettro da parte degli altri Stati

Quest'obbligo introdotto dal Codice europeo prevede il coinvolgimento del *Radio Spectrum Policy Group* (RSPG). Il RSPG è stato istituito con la Decisione della Commissione dell'11 giugno 2019 come gruppo che assiste e consiglia la Commissione, formato dalle Autorità degli Stati membri.

L'art. 28 del Codice prevede che il RSPG Group si occupi del coordinamento tra gli Stati e di coadiuvare la Commissione nella risoluzione delle controversie transfrontaliere secondo uno schema in cui la Commissione può adottare misure di esecuzione vincolanti che però devono tenere nella massima considerazione il parere del gruppo RSPG.

La seconda innovazione riguarda la possibilità per due o più Stati di autorizzare congiuntamente la concessione di diritti d'uso individuali dello spettro radio armonizzato. L'art. 37 definisce il quadro

normativo e chiarisce come due o più Stati membri possano cooperare tra di loro e con il RSPG al fine di stabilire congiuntamente gli aspetti comuni di un processo di autorizzazione e, se del caso, svolgendo congiuntamente anche il processo di selezione degli operatori per la concessione dei diritti d'uso individuali dello spettro radio. Molto importante è che in tale procedura sia tenuto in massimo conto il parere espresso dai partecipanti al mercato e, quindi, sia adottata una procedura di *notice and comment*¹⁸.

L'innovazione più importante riguarda però direttamente la gestione dello spettro radio.

L'articolo 45 del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche è la norma chiave per comprenderne la portata¹⁹.

Il primo paragrafo della norma si apre con l'affermazione che lo spettro radio è un bene pubblico che ha un particolare valore sociale, culturale ed economico²⁰. Questo è un riconoscimento assai importante. L'Unione europea e gli Stati Membri devono tenerne conto nella loro azione che deve essere tesa all'efficienza del suo uso. Un'efficienza però non solo di tipo economico, ma pure sociale e culturale.

Sempre nel primo paragrafo, si dà atto del fatto che l'Unione europea e gli Stati Membri debbano rispettare gli accordi internazionali ed, in particolare, le Regolazioni dell'International Telecommunication Union (ITU). Questa precisazione è evidentemente il frutto della presa di coscienza di quanto tali interventi a livello internazionale siano necessari nella governance dello spettro radio.

Il secondo paragrafo dell'art. 45 obbliga gli Stati Membri a promuovere un'armonizzazione efficiente dell'uso dello spettro radio. La norma è solo in parte codificazione delle disposizioni preesistenti perché ora la normativa europea elenca anche gli obiettivi generali e i principi a cui devono ispirarsi gli Stati membri. Essi sono: la promozione di un'adeguata copertura del territorio con reti wireless ad alta qualità e velocità, la coerenza e la proporzionalità nell'ambito delle procedure di autorizzazione, le considerazioni relative ai tempi di messa a disposizione dello spettro al fine di favorire gli investimenti, la prevenzione di interferenze transfrontaliere o dannose, l'introduzione del principio "use it or lose it" (che prevede la perdita dei diritti inutilizzati) e la promozione dell'uso condiviso dello spettro nonché dello scambio e dell'affitto dello spettro.

Il terzo paragrafo dell'art. 45 prevede inoltre un meccanismo per consentire un uso alternativo dello spettro armonizzato laddove per il servizio prescritto via sia una mancanza di domanda a livello nazionale

¹⁸ Il che vuol dire l'adozione di una procedura di *notice and comment*. Tali procedure coinvolgono gli operatori che sono invitati ad esprimere le loro osservazioni sugli schemi di provvedimento in adozione. Le procedure di *notice and comment* sono, in ambito europeo, una caratteristica propria dei sistemi di governance. V. sulla questione C. Raiola, *La consultazione nelle Autorità indipendenti*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, gennaio 2010.

¹⁹ L'art. 45 del Codice rimpiazza la norma di cui all'art. 9 della direttiva 21/2002 rispetto alla quale però presenta numerose e sostanziali modificazioni.

²⁰ Cfr. sul punto la ricerca di P. Adriaanse, F. van Ommeren, W. den Ouden, J. Wolswinkel (a cura di), *Scarcity and the State*, Intersentia, 2016, vol. II. *Member State Reports on the Allocation of Gambling Licences, Radio Frequencies and CO2 Emission Permits* sia consentito rinviare a M. Orofino, *The Allocation of Radio Frequencies in Italy*, 106 ss.

o anche solo a livello regionale. In questo caso è possibile il *riutilizzo delle frequenze per servizi diversi da quelli previsti* ma a condizioni ben definite che prevedono un'analisi specifica del mercato, un'attenta considerazione di eventuali interferenze della scelta su altri Stati membri, un esame delle economie di scala. Inoltre, la decisione in questione è per definizione provvisoria nel senso che le ANR sono a chiamate a riconsiderarla periodicamente.

I paragrafi 4 e 5 dell'art. 45 riguardano, infine, possibili deroghe introdotte a livello nazionale specificandone gli obiettivi, i requisiti e soprattutto la necessità che siano comunque rispettati i principi e le procedure di assegnazione delle frequenze.

Il quadro generale è poi completato dagli artt. 46 e 47 del Codice europeo.

L'articolo 46 segue la strada già tracciata nella norma precedente nel senso di limitare le possibili differenziazioni nazionali nell'assegnazione delle licenze individuali d'uso delle frequenze, Per questo attribuisce maggiore rilevanza alle autorizzazioni generali nonché all'uso condiviso dello spettro rispetto alle licenze individuali. La richiesta è che le autorità nazionali elaborino i modelli di autorizzazione più confacenti all'evoluzione in atto nel settore. Per questo prevede anche che la Commissione possa adottare misure vincolanti per garantire la coerenza tra i diversi tipi di regimi di autorizzazione.

L'articolo 47 specifica che le autorità competenti devono stabilire condizioni associate ai diritti d'uso individuali dello spettro radio. Questa specificazione deve avvenire prima dell'assegnazione o prima del rinnovo. In questo caso secondo caso, tali condizioni non devono offrire vantaggi indebiti a coloro che sono già titolari di tali diritti.

Nello stabilire le condizioni associate ai diritti d'uso individuali dello spettro radio, la norma prevede anche che le autorità competenti, in particolare al fine di garantire un uso effettivo ed efficiente dello spettro radio o di promuovere la copertura, possano prevedere la condivisione delle infrastrutture passive o attive che utilizzano lo spettro radio o lo spettro radio stesso; accordi commerciali di accesso in roaming; il dispiegamento congiunto di infrastrutture per la fornitura di reti o servizi che si basano sull'uso dello spettro radio.

L'accento, come è chiaro, è posto su potenziali condizioni volte a migliorare la connettività degli utenti finali, soprattutto nelle aree a minore densità quali ad esempio le aree rurali o montuose.

Per rendere più completo l'esame delle importanti novità in materia di spettro radio è necessario porre attenzione agli artt. da 48 a 52. Essi contengono aggiustamenti rispetto al precedente quadro normativo e possono apparire a prima vista di minore rilevanza. In realtà, esse introducono alcuni cambiamenti che riguardano aspetti essenziali ed hanno lo scopo di riavvicinare le prassi seguite dagli Stati membri. Basti citare in proposito: a) la durata minima delle licenze (20 anni), b) l'armonizzazione dei processi per la cessione e l'affitto dello spettro, c) la definizione di criteri comuni obiettivi per un'applicazione coerente

del diritto della concorrenza come i massimali di spettro, le riserve di spettro per i nuovi operatori e gli obblighi relativi all'accesso all'ingrosso, d) la coerenza e la prevedibilità nella concessione e nel rinnovo dei diritti d'uso individuali dello spettro, e) condizioni più chiare per la limitazione o la revoca dei diritti esistenti, anche attraverso la perdita dei diritti inutilizzati (in base al principio "use it or lose it") e il rafforzamento del ruolo coercitivo delle autorità nazionali.

Riguardano specificamente le procedure di assegnazione le nuove norme contenute negli articoli 53 e 54 del Codice. Esse fanno riferimento ad una novità particolarmente importante: l'assegnazione coordinata delle frequenze tra gli Stati membri.

L'art.53, rubricato *Tempistica coordinata delle assegnazioni* prevede che gli Stati membri al fine di procedere ad un'assegnazione coordinata, tenendo in debito conto delle diverse situazioni del mercato a livello nazionale, individuino una o, se del caso, più date comuni entro le quali autorizzare l'uso di uno specifico spettro radio armonizzato. Questa previsione ha lo scopo di evitare che procedure nazionali lontane nel tempo e non coordinate possano distorcere le offerte degli operatori e, anche, portare a costi del tutto differenziati in Paesi simili.

L'art. 54 è invece dedicato esclusivamente alla tempistica dell'assegnazione delle frequenze dedicate al 5G. La norma individuava nel 31 dicembre 2020 il termine entro cui gli Stati membri debbono adottare per i sistemi terrestri in grado di fornire servizi a banda larga senza fili, le misure opportune sia per riorganizzare e consentire l'uso di blocchi sufficientemente ampi della banda 3,4-3,8 GHz sia per consentire l'uso di almeno 1 GHz della banda 24,25-27,5 GHz²¹. È chiaro che un ritardo nella trasposizione può determinare un ritardo a cascata sulle decisioni che le ANR sono chiamate a prendere. Infine, gli artt. 55 e 56 operano al fine di favorire la diffusione e l'uso di apparecchiature *wireless* in considerazione del ruolo di primo piano giocata da tale connettività in ambienti interni²². Essi semplificano rispettivamente le procedure per l'accesso alle reti locali in radiofrequenza (RLAN) e le procedure per l'installazione ed il funzionamento dei punti di accesso senza fili di portata limitata.

5. Le modifiche relative alle norme pro concorrenziali

²¹ L'uso della banda 24,25 – 27,5 GHz è possibile solo se vi sia una chiara indicazione di una domanda di servizi. In ogni caso gli Stati membri possono derogare a tale termine nel caso di restrizioni all'uso per motivi di interesse generale, per salvaguardare la sicurezza nazionale e di difesa, per cause di forza maggiore e per controversie sovranazionali non ancora risolte.

²² La semplificazione delle condizioni per l'accesso al Wi-Fi vuole soddisfare la domanda esponenziale di connettività e per l'installazione e l'accesso alla banda larga senza fili a bassa potenza (piccole cellule) al fine di ridurre i costi associati alla realizzazione di reti molto dense. Cfr. Cons. 109.

Le novità introdotte dal Codice relativamente alla regolamentazione dell'accesso perseguono lo scopo primario di migliorare l'attuale regime di accesso in relazione al significativo potere di mercato e di promuovere la concorrenza a livello di infrastrutture.

La prima annotazione di carattere generale circa l'impatto della nuova codificazione sulla regolamentazione dei mercati è la conferma dell'approccio *network based* alla concorrenza. Questa scelta era tutt'altro che scontata se si pensa a quanto tale approccio sia stato discusso negli ultimi anni. Occorre, infatti, ricordare che la concorrenza *network based* ha l'obiettivo di spingere gli operatori a costruire proprie reti in concorrenza tra loro. Quest'obiettivo era, infatti, spesso ritenuto nel dibattito pubblico non più sostenibile né vantaggioso per gli utenti con riferimento alla costruzione delle reti di nuova generazione. La scelta dell'UE è però quella di conservare l'approccio generale prevedendo poi importanti deroghe per le reti a cd. altissima capacità.

Nel prossimo paragrafo il regime derogatorio introdotto sarà oggetto di specifica analisi. Qui si riportano invece le innovazioni al regime generale che per semplicità possono essere suddivise in novità che impattano sulle procedure di analisi dei mercati e novità che riguardano gli obblighi imponibili alle imprese che all'esito delle analisi sono ritenute dalle ANR in una significativa posizione di mercato (dominanza).

5.1. Le innovazioni relative alle analisi di mercato

Per quanto riguarda le analisi di mercato, i punti di innovazione più rilevanti sono la richiesta in capo alle ANR di una maggiore specificità geografica, la nuova durata delle analisi e l'attribuzione alla Commissione ed al BEREC – il Gruppo dei regolatori europei in cui sono rappresentato le autorità nazionali - del compito di identificare mercati transnazionali e rilevare l'esistenza di una domanda transnazionale di servizi da parte degli utenti finali.

La prima novità è legata alla procedura per l'identificazione che è ora disciplinata dall'art. 64 del Codice europeo. Fermo restando il ruolo della Commissione e del BEREC nell'individuazione dei mercati teoricamente rilevanti e, quindi, sottoponibili a regolazione asimmetrica, le ANR svolgono la loro analisi giungendo alla definizione dei mercati nazionali, ponendo particolare attenzione alla loro rilevanza geografica. Il che significa che le ANR possono ora verificare l'esistenza di mercati rilevanti anche solo su una parte del territorio nazionale. La possibilità di definire mercati rilevanti infra nazionali richiede la valutazione del livello delle infrastrutture in un'area specifica secondo i principi del diritto della concorrenza. Si tratta di una possibilità assai significativa perché permette di intervenire più puntualmente nelle diverse realtà geografiche.

La seconda novità, introdotta ex art. 67 del Codice europeo, è l'innalzamento a cinque anni (estendibile a sei in particolari casi) della durata delle analisi di mercato compiute dalle ANR. Tale scelta rappresenta un difficile compromesso²³.

Da un lato c'è infatti l'esigenza storica degli operatori di avere a disposizione un quadro di regole il più stabile possibile per pianificare il proprio business. La posta in gioco però non è, in questo momento, solo il profitto dell'impresa: pianificare vuol dire programmare investimenti che consentano di ammodernare le reti. In questo senso, la stabilità regolamentare rappresenta non solo un interesse particolare, ma pure un interesse generale dell'UE e dei singoli Stati.

Da un altro lato, c'è il pericolo ben noto ai regolatori che l'allungamento dei termini tra un'analisi e l'altra, rischi di produrre un ritardato intervento laddove la concorrenza si deteriori perché le regole imposte non sono più in grado di correggere gli squilibri oppure non sono più necessarie. Qui il pericolo, soprattutto in una fase di grandi trasformazioni tecnologiche, è quella di consentire la formazione di nuove dominanze che sono, come la storia delle telecomunicazioni insegna, poi assai difficili da scardinare.

Il punto di equilibrio è rappresentato dal fatto che le ANR possano comunque decidere, laddove ne ravvisino i presupposti, di anticipare una nuova analisi rispetto al termine quinquennale procedendo così alla revisione degli obblighi normativi. Questo ovviamente rappresenta anche una valorizzazione del ruolo delle Autorità che richiederà operativamente un'attività continua di monitoraggio delle condizioni dei mercati rilevanti.

La terza innovazione è disciplinata negli articoli 65 e 66 del Codice.

Le due norme conferiscono al BEREC, su richiesta della Commissione o di almeno due Autorità nazionali, la facoltà di condurre un'analisi per l'identificazione di potenziali mercati transnazionali e per l'identificazione di una domanda transnazionale anche quando i mercati restano nazionali o subnazionali. Nella prima ipotesi, di cui all'art. 65, nel caso in cui il BEREC identifichi un mercato transnazionale, le Autorità nazionali degli Stati coinvolti sono chiamate a condurre insieme un'analisi del mercato e, nel caso in cui ne rilevino le condizioni, sempre congiuntamente a notificare alla Commissione le loro proposte di misure asimmetriche.

Nella seconda ipotesi, ex art. 66, se il BEREC rileva l'esistenza di una domanda transnazionale di servizi da parte degli utenti finali che sia significativa e non sufficientemente corrisposta da un'offerta, può in stretta relazione con la Commissione e sentiti gli *stakeholder* definire delle Linee Guida su un comune approccio delle ANR a tale questione. Laddove poi le ANR decidano effettivamente di imporre misure

²³ Cfr. art. 67, par. 5, lett. a). Il termine scende a tre anni per i mercati non precedentemente regolamentati e, sempre a tre anni, per le analisi compiute dalle ANR degli Stati membri nuovi entranti.

correttive che utili al fine di soddisfare questa domanda transnazionale, esse devono seguire gli orientamenti formulati dal BEREC.

5.2. Le innovazioni relative agli obblighi asimmetrici imponibili

Le novità più importanti relativamente alla regolazione asimmetrica dei mercati rilevanti sono contenute negli artt. 72, 75, 78 ed 80 del Codice europeo²⁴.

L'art. 72 introduce una nuova misura asimmetrica. Si tratta dell'obbligo di soddisfare le richieste ragionevoli di accesso e di uso di infrastrutture di ingegneria civile di accesso alle infrastrutture civili, quali ad esempio edifici o accessi a edifici, cablaggio degli edifici, inclusi cavi, antenne, torri e altre strutture di supporto, pali, piloni, cavidotti, tubature, camere di ispezione, pozzetti e armadi di distribuzione.

Le ANR possono imporla alle imprese con significativo potere di mercato in uno specifico mercato rilevante a condizione che dall'analisi svolta emerga che il rifiuto, da parte dell'operatore con significativo potere di mercato, di concedere l'accesso o l'imposizione di termini e condizioni non ragionevoli d'accesso o di condizioni di effetto equivalente ostacolerebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato e non sarebbe nell'interesse dell'utente finale.

Molto importante è che tale obbligo asimmetrico può estendersi, a condizione che esso sia necessario e proporzionato, anche ad opere che non rientrano nell'ambito del mercato rilevante cioè indipendentemente dal fatto che le attività interessate dall'obbligo facciano parte o meno del mercato rilevante regolamentato.

La seconda rilevante novità è quella di cui all'articolo 75 che introduce un processo a livello di UE per determinare una metodologia vincolante per la fissazione delle tariffe di terminazione vocale. Il compito spetta alla Commissione europea, in stretta relazione con il BEREC e consiste nella fissazione delle tariffe massime di terminazione a livello UE. Lo scopo è, in questo caso, quello di alleggerire gli oneri amministrativi e le pressioni che gravano sulle autorità nazionali di regolamentazione.

La terza innovazione riguarda il processo di separazione volontaria che le imprese verticalmente integrate possono proporre alle ANR al fine di limitare l'imposizione di obblighi asimmetrici. L'articolo 78 fornisce alcuni non secondari chiarimenti che riguardano le tempistiche, il periodo transitorio di attuazione della separazione, la possibilità di offrire impegni, il coinvolgimento degli operatori interessati nell'analisi delle ANR. Tali chiarimenti perseguono l'obiettivo assai importante di conferire maggiore certezza giuridica ad un processo finora basato prevalentemente sul dialogo tra l'operatore e l'ANR.

²⁴ V. sul punto anche F. Sarzana, F. Marini Balestra, *Comunicazioni elettroniche. Direttiva (UE) 2018/1972*, Wolters Kluwer, 2019, Milano, 157 ss.

La quarta, assolutamente rilevante, novità è disciplinata nell'articolo 80 del Codice europeo. La norma introduce un modello normativo semplificato per gli operatori di rete attivi esclusivamente sul mercato all'ingrosso ed aventi un significativo potere di mercato. Tale modello prevede che qualora ad essere designato come impresa con significativo potere di mercato sia un soggetto che non opera anche sul mercato al dettaglio (cd. *Retail*), l'ANR debba limitarsi ad imporre gli obblighi asimmetrici di cui agli art. 70 e 73, ossia obblighi in materia di accesso e di uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, obblighi di non discriminazione e gli obblighi inerenti a prezzi equi e ragionevoli solo se questo risulta giustificato in base a un'analisi di mercato che deve comprendere una valutazione in prospettiva del probabile comportamento dell'impresa designata come detentrica di un significativo potere di mercato. Per contro tutti gli altri obblighi asimmetrici non possono essere più imposti.

Quest'alleggerimento della regolazione è però, condizionato al fine di evitare che la norma consenta un'elusione delle norme ordinarie, a due criteri rigorosi perché una rete possa essere considerata realmente come "attiva esclusivamente sul mercato all'ingrosso".

In primis, tutte le società e le unità commerciali all'interno dell'impresa, tutte le società che sono controllate, ma non necessariamente del tutto appartenenti allo stesso proprietario apicale, nonché qualsiasi azionista in grado di esercitare un controllo sull'impresa, svolgono attività, attuali e previste per il futuro, solo nei mercati all'ingrosso dei servizi di comunicazione elettronica e pertanto non svolgono attività in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti agli utenti finali dell'Unione

In secundis, l'impresa non deve aver sottoscritto un accordo di esclusiva con un'unica impresa separata operante a valle attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti a utenti finali.

Questo alleggerimento della regolazione può essere particolarmente opportuno per le reti locali ad altissima capacità, che potrebbero comunque essere considerate detentriche di un significativo potere di mercato in futuro. Infatti, se attive solo nei mercati all'ingrosso potrebbero utilizzare i risparmi legati alla riduzione degli obblighi normativi per pianificare nuovi investimenti ampliando progressivamente la loro rete.

6. La disciplina delle reti ad altissima capacità

Un capitolo a parte, davvero centrale nel nuovo disegno normativo, è quello dedicato alle nuove reti ad altissima capacità (*very high capacity network*). Esso appare, in parte, derogatorio rispetto al sistema normativo generale.

Andando con ordine, da un punto di vista definitorio, l'art. 2 (2) del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche specifica che per rete ad alta capacità si intende “una rete di comunicazione elettronica costituita interamente da elementi in fibra ottica almeno fino al punto di distribuzione nel luogo servito oppure una rete di comunicazione elettronica in grado di fornire prestazioni di rete analoghe in condizioni normali di picco in termini di larghezza di banda disponibile per downlink/uplink, resilienza, parametri di errore, latenza e relativa variazione; le prestazioni di rete possono essere considerate analoghe a prescindere da eventuali disparità di servizio per l'utente finale dovute alle caratteristiche intrinsecamente diverse del mezzo attraverso cui la rete si collega in ultima istanza al punto terminale di rete”.

Questo significa che rientrano nella definizione sia le reti in fibra ottica purché siano almeno *fiber to the Cabinet (FTTC)* sia quelle che pur non essendo in fibra ottica (ad esempio le reti mobili 4 G) abbiano prestazioni analoghe sulla base dei criteri descritti.

Con riferimento a tali reti, l'art. 22 del Codice europeo attribuisce alle ANR o ad altre autorità competenti sul piano nazionale il compito di operare una loro mappatura. Il compito deve essere svolto entro il 21 dicembre 2023 e dovrà contestualmente evidenziare lo stato dell'opera ed i piani di investimento.

Questa attività è da intendersi come propedeutica ad ogni intervento successivo e soprattutto all'analisi di mercato necessaria per valutare la concorrenza del mercato e le misure eventualmente necessarie. Inoltre le ANR mappando il territorio sono chiamate ad individuare le cosiddette “aree di esclusione digitale”. Con tale espressione si vanno ad indicare le porzioni di territorio dello Stato in cui nessun operatore o nessuna autorità pubblica ha realizzato o intende realizzare una rete ad altissima capacità, né ha realizzato o intende realizzare sulla sua rete aggiornamenti o estensioni che garantiscano prestazioni pari a una velocità di download di almeno 100 Mbps. Tale individuazione è finalizzata all'organizzazione di una procedura per manifestare interesse al fine di promuovere la realizzazione di reti ad altissima capacità in queste aree difficili.

Per ciò che attiene agli obblighi asimmetrici si prevede una maggiore flessibilità.

L'articolo 74 definisce le circostanze in cui le ANR possono concedere flessibilità nella fissazione dei prezzi agli operatori con un significativo potere di mercato. L'obiettivo è quello di remunerare i loro investimenti senza per questo compromettere la concorrenza né a monte e né, soprattutto, a valle.

In questo senso deve essere letta l'indicazione, di cui al par. 1, secondo cpvo, dell'art. 74 di tenere conto degli investimenti effettuati dall'impresa nonché di consentire alla medesima un ragionevole margine di profitto sul capitale investito, di volume congruo, in considerazione di eventuali rischi specifici di un nuovo progetto particolare di investimento nella rete.

Sempre per quanto riguarda le imprese individuate con significativo potere di mercato assai importante è l'art. 76 del Codice europeo. Esso introduce disposizioni circa il “Trattamento normativo dei nuovi

elementi di rete ad altissima capacità”. Le disposizioni in questione prevedono per tali imprese la possibilità di presentare degli impegni, da sottoporre all’ANR, per aprire al coinvestimento la realizzazione di una nuova rete ad altissima capacità che consista di elementi in fibra ottica fino ai locali degli utenti finali o alla stazione di base, ad esempio proponendo la contitolarità o la condivisione del rischio a lungo termine attraverso cofinanziamento o accordi di acquisto che comportano diritti specifici di carattere strutturale da parte di altri fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica

Tale procedura è volta ad agevolare i coinvestimenti commerciali in nuove infrastrutture per poi trarne le conseguenze necessarie per la regolamentazione. Per cui se l’ANR valuta positivamente la proposta ed almeno un co-investigatore è individuato, ecco allora che è possibile non estendere gli obblighi asimmetrici alle nuove porzioni di rete.

Chiaramente siamo molto distanti dalle “vacanze regolatorie” per i nuovi investimenti di cui si è a lungo ragionato con anche talune fughe in avanti²⁵. Tuttavia bisogna riconoscere che si tratta di un modello che mira ad una maggior condivisione del rischio rispetto ai tradizionali prodotti di accesso e che se sono soddisfatte le condizioni per la progettazione del coinvestimento, può essere utile per una concorrenza sostenibile nel tempo.

I dubbi riguardano non tanto il modello in sé quanto la procedura che si profila piuttosto lunga in un contesto in cui le scelte delle singole imprese tendono a cambiare rapidamente. Le capacità di successo di tale strategia dipendono anche dalla maturità con cui gli operatori con significativo potere di mercato accoglieranno il suggerimento che la normativa sembra loro dare di condividere i rischi, condividendo, però, anche i vantaggi di essere primi entranti in un nuovo mercato.

Un ultimo punto che merita di essere segnalato è il ruolo che l'articolo 78, parr. 2 e 3 attribuisce alle autorità nazionali di regolamentazione nel fornire assistenza agli operatori con un significativo potere di mercato i quali siano intenzionati ad ammodernare le proprie reti passando da quelle preesistenti a quelle ad altissima capacità. Molto importante è, in questo caso, la valutazione prospettica che le ANR sono chiamate a compiere sugli obblighi asimmetrici imposti o volontariamente assunti in vista dell’ammodernamento tecnologico promesso. Una valutazione che deve prendere in specifica considerazione la possibilità che essi vengano alleggeriti (tenendo conto della necessaria remunerazione degli investimenti) o semplicemente rimossi.

²⁵ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 3 Dicembre 2009 nella causa Commissione europea c. Germania [2009] in cui la Corte dichiarò illegittima la legge nazionale tedesca che escludeva i "nuovi mercati" dalla regolamentazione. Cfr. Szydło, M. II. *The promotion of investment in new markets in electronic communications and the role of nationale regulatory authorities after Commission v. Germany* in *International and Comparative Law Quarterly* 2011, 60 (2), 533 ss.

7. Le modifiche al regime del servizio universale

La direttiva UE 2018/1972 ha, tra gli altri obiettivi, anche quello di modernizzare il regime del servizio universale. Il sistema previgente prevedeva l'individuazione a livello UE dei servizi componenti il servizio universale. Si trattava di servizi in parte obsoleti in sé e per sé (telefoni pubblici a pagamento, elenchi telefonici completi e servizi di consultazione degli elenchi) e in parte tecnologicamente non al passo con i tempi e certamente non neutrali (accesso ad almeno una rete fissa).

Il Codice opera una trasformazione completa concentrando il servizio universale soli due componenti: un servizio di accesso a internet a banda larga e un servizio di comunicazione vocale. Essi debbono, a norma dell'art. 84 essere disponibili, al livello qualitativo specificato nei territori dei singoli Stati, unitamente alla connessione sottostante, in postazione fissa²⁶.

L'accessibilità in termini di costo del servizio universale deve essere dunque garantita ai cittadini almeno in postazione fissa, ma gli Stati membri, ai sensi del par. 2 dell'art. 84, hanno la facoltà di estendere le misure di accessibilità anche ai servizi mobili per garantire la piena partecipazione sociale ed economica dei consumatori alla società.

L'obiettivo pubblicistico di garantire la piena partecipazione sociale ed economica è centrale nel nuovo disegno. In questo senso, occorre segnalare che l'articolo 85 autorizza gli Stati membri a imporre alle imprese di offrire opzioni tariffarie speciali agli utenti finali di cui siano accertati un reddito modesto o particolari esigenze sociali e/o di fornire a tali utenti un sostegno diretto e stabilisce il diritto di stipulare un contratto per i consumatori che beneficiano di tariffe speciali per il servizio universale.

Particolarmente interessante è anche la possibilità per gli Stati membri di estendere il godimento del servizio universale anche alle micro imprese, alle imprese piccole e medio piccole e alle organizzazioni no-profit.

Per quanto riguarda la larghezza minima di banda da garantire, ancora una volta come già accaduto in passato, si evita di indicare una qualsivoglia soglia numerica preferendo una definizione indiretta attraverso la previsione che la larghezza di banda deve comunque essere in grado di supportare i servizi elencati nell'Annesso V e cioè specificamente e-mail; motori di ricerca che consentano la ricerca e il reperimento di ogni tipo di informazioni; strumenti basilari online di istruzione e formazione; stampa o notizie online; ordini o acquisti online di beni o servizi; ricerca di lavoro e strumenti per la ricerca di lavoro; reti professionali; servizi bancari online; utilizzo dei servizi dell'amministrazione digitale; media sociali e messaggia istantanea; chiamate e videochiamate (qualità standard).

²⁶ Tenuto conto del fatto che la flessibilità è necessaria per far fronte alle diverse situazioni nazionali, l'articolo 87 consente agli Stati membri di continuare ad esigere a livello nazionale servizi che attualmente rientrano nell'obbligo di servizio universale dell'UE, come i telefoni pubblici a pagamento, gli elenchi telefonici e i servizi di consultazione degli elenchi, se l'esigenza è debitamente dimostrata e a condizione di adattare il sistema di finanziamento.

L'elenco è lungo ma non del tutto convincente. Esso guarda ancora troppo al passato e non tiene in alcun modo conto dei servizi più innovativi che, per definizione, hanno bisogno di una qualità di banda superiore.

Per quanto riguarda il finanziamento del servizio universale, l'art. 90 lascia aperte le due strade storiche²⁷. La prima è quella di introdurre un meccanismo di indennizzo del fornitore per i costi netti così calcolati attingendo a fondi pubblici in condizioni di trasparenza. La seconda è quella di ripartire il costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica. Non si arriva dunque alla riforma di cui si è a lungo discusso e cioè che il servizio universale fosse al fine di evitare quella tipica distorsione per cui l'operatore dominante riceve un indennizzo versato dai competitori per la fornitura del servizio universale.

8. Modifiche relative ai servizi e alle norme in materia di utenti finali

Le norme in materia protezione dei consumatori e di diritti degli utenti finali sono contenute nel Titolo III del Codice.

Il Titolo in questione si apre con tre nuove norme.

La prima, l'art. 98, contiene una limitazione materiale perché prevede che gli obblighi che seguono non si applichino alle microimprese che forniscono servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, a meno che queste forniscano altri servizi di comunicazione elettronica.

La seconda, l'art. 99 definisce il principio di non discriminazione. Esso prevede che i fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica non applicano agli utenti finali requisiti o condizioni generali di accesso o di uso di reti o servizi che risultino differenti per ragioni connesse alla cittadinanza, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento dell'utente finale, a meno che tale differenza di trattamento sia oggettivamente giustificata.

La terza, contenuta nell'art. 100, definisce una clausola di salvaguardia dei diritti fondamentali.

Il primo paragrafo prevede che “Le misure nazionali in materia di accesso a servizi e applicazioni o di uso delle stesse attraverso reti di comunicazione elettronica da parte di utenti finali rispettano la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta») e i principi generali del diritto dell'Unione”.

Il secondo paragrafo dispone che “qualunque provvedimento riguardante l'accesso a servizi e applicazioni o l'uso degli stessi attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che possa limitare l'esercizio dei diritti o delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Carta è imposto soltanto se è previsto dalla legge e rispetta detti diritti e libertà” e debba essere “proporzionato e necessario” e

²⁷ La proposta della Commissione mirava in realtà sul punto a ricondurre il finanziamento del servizio universale alla fiscalità generale.

rispondere “effettivamente agli obiettivi di interesse generale riconosciuti dal diritto dell’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui in conformità dell’articolo 52, paragrafo 1, della Carta e dei principi generali del diritto dell’Unione, incluso il diritto a un ricorso effettivo e a un giusto processo”.

Di conseguenza, tali provvedimenti sono adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d’innocenza e del diritto alla protezione dei dati con la garanzia di una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza, debitamente accertata, conformemente alla Carta.

Per quanto riguarda gli obblighi veri e propri, il Codice europeo persegue con forza l’obiettivo, da un lato, di limitare le differenziazioni nazionali e, dall’altro lato, di ridurre l’onere normativo eliminando tutti quegli obblighi normativi non più necessari o già adeguatamente coperti dalla normativa generale in materia di protezione dei consumatori.

Per quanto riguarda il primo obiettivo, l’art. 101 è *tranchant*: esso prevede, infatti, che gli Stati membri non mantengano né introducano nel diritto nazionale disposizioni in materia di tutela degli utenti finali diverse da quelle previste nel Codice. Quest’armonizzazione, che è sostanzialmente un’unificazione, prevede il divieto espresso per gli Stati membri di introdurre tutele più rigorose o meno rigorose e dunque vieta ogni differenziazione nazionale.

Per quanto riguarda l’obiettivo di ridurre l’onere normativo è possibile citare la revoca del potere delle autorità nazionali di regolamentazione di imporre direttamente la regolamentazione dei prezzi al dettaglio agli operatori con un significativo potere di mercato. Ad esso possono aggiungersi alcune disposizioni relative ai contratti, alla trasparenza ed alla comparabilità, alla parità di accesso per gli utenti con disabilità, all’interoperabilità delle apparecchiature di televisione digitale di consumo che sono state semplificate e in parte soppresse a causa della sovrapposizione con altre norme a carattere generale.

Vi sono infine poche disposizioni, ma non trascurabili, che sono state adottate per corrispondere a nuove aspettative sociali o all’esplosione di nuovi servizi di comunicazione interpersonale. Per esempio si possono citare le forme abbreviate dei contratti con una sintesi delle informazioni essenziali, l’obbligo di mettere a disposizione strumenti di controllo del consumo dati, l’obbligo di prevedere strumenti di raffronto delle offerte, le durate massime dei contratti per contrastare i fenomeni di lock in, un rafforzamento della portabilità²⁸.

²⁸ Sebbene il periodo massimo per i contratti di servizio sia generalmente di due anni, sono consentiti contratti distinti più lunghi con gli utenti finali per facilitare il rimborso dei contributi per la realizzazione di una connessione fisica e per sostenere l’introduzione progressiva delle reti tramite contributi rateali ai costi di capitale delle reti (approccio di “aggregazione della domanda”)

9. Le modifiche alla *governance* istituzionale del settore

Il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche contiene, infine, importanti modificazioni alla *governance* istituzionale del settore: le novità introdotte riguardano sia i soggetti istituzionali nazionali (le ANR) sia le procedure di *governance* in cui esse sono coinvolti insieme al BEREC ed alla Commissione²⁹. Si è dato conto nei paragrafi precedenti di alcune innovazioni riguardanti alcune procedure già esistenti. Qui si porranno in evidenza le nuove procedure previste dal Codice.

Procedendo con ordine, con riferimento alle nuove previsioni riguardanti le ANR, la prima novità, seguendo un *trend* per la verità già piuttosto consolidato, consiste nel rafforzamento dei requisiti di indipendenza. Le norme dedicate a questo sono ora ben quattro e specificamente gli artt. da 6 a 9 del nuovo Codice

Gli artt. 6 ed 8 sono una mera rifusione di norme già in vigore. Essi confermano, dunque, il principio di indipendenza delle Autorità nazionali di regolazione che gli Stati membri sono chiamati a garantire nelle sue tre declinazioni: indipendenza politica, strutturale e funzionale. L'unico elemento di novità nell'art. 8 è l'obbligo per le ANR di relazionare ogni anno sullo stato delle comunicazioni elettroniche, sulle decisioni rilevanti adottate, sulle risorse attribuite e su come le medesime sono state impiegate.

L'art. 7 del Codice riguarda la nomina e la revoca dei membri delle ANR.

Qui si osservano alcune novità. La prima riguarda l'introduzione di un termine minimo di durata della carica che deve ora essere di almeno tre anni sia nel caso di organo monocratico sia nel caso di organo collegiale. La seconda novità riguarda la specificazione che i membri dell'ANR devono essere scelti tra persone con "di riconosciuta levatura ed esperienza professionale". Le procedure di nomina devono essere aperte e trasparenti nonché basate su merito, capacità, conoscenze ed esperienze

La seconda riguarda l'eventuale revoca. Fermo restando l'obbligo, già previsto nel precedente quadro normativo, che la revoca possa avvenire solo nel caso in cui il membro perda le condizioni richieste per assumere la carica, l'innovazione introdotta riguarda l'obbligo di rendere immediatamente pubblica tale decisione e il diritto per il membro revocato di conoscere le esatte ragioni che sono a fondamento della decisione. Tutto ciò, come specificato nella direttiva, è necessario per garantire all'interessato, come specificato nella norma, il diritto di sottoporre la decisione allo scrutinio di un giudice sia in punto di diritto che in punto di fatto³⁰.

Sempre con riferimento alle ANR, di rilievo è anche la scelta di codificare nell'art. 5, par. 1, le competenze minime che gli Stati membri devono obbligatoriamente attribuire alle ANR. Con tale specificazione si

²⁹ La Commissione mirava anche, nella sua proposta iniziale, ad intervenire sul BEREC unificandone le due attuali strutture (l'Ufficio e il Comitato) e trasformandolo in un'Agenzia. Questa proposta è stata però purtroppo abbandonata

³⁰ Il cons. 38 suggerisce di introdurre limiti al rinnovo del mandato e prevedere un sistema rotazione per il personale direttivo al fine di contrastare eventuali fenomeni di "cattura del regolatore".

intende porre un limite alla possibilità di riservare alcune competenze ad uno o più Ministri competenti. L'obiettivo è quello di sanare il vulnus della frammentazione delle competenze³¹.

Ai sensi di tale catalogo minimo le ANR devono essere almeno incaricate di: a) attuare la regolamentazione ex ante del mercato, compresa l'imposizione di obblighi in materia di accesso e interconnessione; b) provvedere alla risoluzione delle controversie tra le imprese; c) provvedere alla gestione dello spettro radio e alle relative decisioni, o, qualora tali compiti siano assegnati ad altre autorità competenti, fornire un parere in merito alle questioni concernenti il modello di mercato e la concorrenza nelle procedure nazionali relative ai diritti d'uso dello spettro radio per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; d) contribuire alla tutela dei diritti degli utenti finali nel settore della comunicazione elettronica, in coordinamento con le altre autorità competenti, se del caso; e) valutare e monitorare attentamente la definizione del mercato e le questioni relative alla concorrenza per quanto riguarda l'accesso aperto a internet; f) valutare l'onere indebito e calcolare il costo netto della fornitura del servizio universale; g) garantire la portabilità del numero tra i fornitori; h) svolgere qualsiasi altro compito che la presente direttiva riserva alle autorità nazionali di regolamentazione.

La preferenza per un'assegnazione delle competenze alle ANR è testimoniata anche dal fatto che, ai sensi del successivo par. 2 dell'art. 5, laddove gli Stati membri decidano di attribuire ad altre Autorità (di solito ministeriali o autorità per la concorrenza) competenze in materia di autorizzazione generale o di concorrenza, tali autorità debbano comunque consultare l'ANR prima di assumere ogni decisione.

Con riferimento alle procedure di *governance* che coinvolgono le ANR, il BEREC e la Commissione europea, alcune innovazioni sono state già oggetto di analisi nei paragrafi precedenti e, in particolare, si possono ricordare i procedimenti per l'individuazione dei mercati transnazionali, per identificare una specifica domanda sovranazionale,

Per completezza qui in conclusione si possono ricordare anche l'articolo 12 del Codice europeo che introduce alcune modifiche che riguardano la procedura di autorizzazione generale. Il punto è il seguente. Lo strumento dell'autorizzazione generale è, come noto, uno strumento per rendere più semplice l'accesso al mercato da parte degli operatori. Essi, infatti, se rispettano le condizioni dell'autorizzazione generale possono iniziare ad offrire i loro servizi sul mercato senza dover attendere alcuna autorizzazione specifica. Rispetto a tale schema può sopravvivere, se gli Stati lo reputano opportuno un obbligo di notificare l'inizio dell'attività. La novità sta nel fatto che, ai sensi della nuova normativa, le notifiche devono essere ora trasmesse al BEREC, che è chiamato ad assumere il ruolo di punto unico di contatto

³¹ V. su questo problema presente nell'ordinamento italiano sin dal 2002 e sulle sue conseguenze, M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, cit., 261

(anche attraverso l'istituzione di un registro a livello europeo) ed a trasmetterle alle pertinenti autorità nazionali di regolamentazione.

Ulteriori novità sono introdotte dall'articolo 27 che ridefinisce la procedura per la risoluzione delle controversie transfrontaliere tra imprese. La nuova procedura impone alle autorità nazionali di regolamentazione di attendere i pareri del BEREC, prima di adottare qualsiasi decisione relativamente alla controversia in atto. In questo modo, si rafforza il ruolo di tale organismo che diviene un interlocutore necessario per le ANR e pure per gli operatori del settore.

Infine, sempre con riferimento alle procedure di *governance* è opportuno citare l'art. 33 del Codice europeo. Esso prevede un sistema "di doppia sicurezza" sui progetti di misure correttive proposti da un'autorità nazionale di regolamentazione e notificati alla Commissione e al BEREC. Per mezzo di tale sistema, nei casi in cui il BEREC e la Commissione sono di parere concorde, la Commissione potrebbe imporre all'autorità nazionale di regolamentazione di modificare o ritirare il progetto di misura e, se necessario, di notificare nuovamente l'analisi di mercato.

10. Brevi osservazioni di sintesi

Al termine di questa analisi sono possibili alcune osservazioni di sintesi.

La prima osservazione riguarda l'avanzamento del processo di integrazione nel settore delle comunicazioni elettroniche. Questa è una costante nel processo di integrazione europea, nel senso che anche quando si assiste a delle fasi di rallentamento o di vera e propria fermata dei processi istituzionali, a livello settoriale, l'integrazione prosegue. Il Codice europeo rappresenta una nuova tappa del processo e testimonia sia di un progresso nel riavvicinamento legislativo che, in taluni casi tende all'unificazione, anche a dispetto della fonte prescelta, sia di un'ulteriore integrazione delle amministrazioni nazionali (sub specie di autorità indipendenti) ed organismi sovranazionali. La prova di tutto ciò è in varie disposizioni oggetto di analisi, da quelle in materia di spettro radio, a quelle sui mercati transazionali, da quelle sulla tutela degli utenti finali a quelle dedicate ai requisiti di indipendenza delle ANR che dimostrano, se ancora ve ne fosse bisogno, quanto l'Unione europea intervenga a conformare i regolatori nazionali.

La seconda osservazione è dedicata agli aggiustamenti che il Codice compie per mantenersi aggiornato sia rispetto alle innovazioni tecnologiche sia alle profonde trasformazioni del tessuto economico e sociale che hanno caratterizzato l'ultimo ventennio di storia europea. In questo contesto, possiamo collocare le innovazioni riguardanti il servizio universale con la profonda ristrutturazione delle sue componenti ora limitate essenzialmente all'accesso alla rete e a i servizi telefonici da rete fissa (con la possibilità per gli Stati membri di includere anche quelli da rete mobile). Nel testo si è segnalato come la mancata definizione delle caratteristiche minime dell'accesso da garantire alla rete sia una debolezza, acuita anche dal fatto che i servizi considerati come parametro per determinare l'efficacia della connessione non

appaiono quelli più evoluti. Una debolezza che chiaramente è comprensibile per i possibili impatti che una diversa qualificazione avrebbe potuto avere sulla spesa pubblica, ma che comunque appare un'occasione perduta.

La terza osservazione è quella connessa con le innovazioni più profonde e cioè la gestione dello spettro radio e la regolazione delle reti di nuova generazione. Bisogna subito dire che il successo del nuovo Codice si misurerà proprio sulla capacità di accompagnare queste due transizioni già in atto.

La prima è quella di una profonda riallocazione delle risorse dello spettro (nel difficile contesto della regolazione internazionale del medesimo) per far fronte alla continua richiesta di risorse necessarie a supportare la costruzione delle reti 5G e la fornitura dei servizi tecnologicamente più evoluti. Qui la scommessa è, da un lato, sulla capacità di indirizzo della Commissione e, da un altro lato, sulla disponibilità degli Stati membri a dialogare tra loro (anche negli organismi *ad hoc*) al fine di trovare soluzioni condivise.

La seconda è quella delle reti di nuova generazione, dell'ammodernamento delle reti esistenti e della costruzione di nuove reti o porzioni territoriali di nuove reti ad alta capacità. Le norme adottate hanno chiaramente il sapore di un compromesso alla luce di una realtà assai frammentata all'interno dell'UE così come all'interno dei singoli Stati membri.

Il percorso progettato che parte con la mappatura, passa attraverso la promozione degli investimenti (e dei coinvestimenti) e si conclude con un alleggerimento delle regole asimmetriche per gli operatori che hanno già o sono destinati ad acquisire una posizione di significativo potere di mercato ha il sapore di una mediazione tra visioni diverse su come creare un asset strategico per la trasformazione digitale dell'Europa: tra chi crede e preme per un intervento pubblico poiché ritiene che solo esso possa effettivamente garantire la creazione di un asset strategico, chi al contrario pensa che solo i privati abbiano al momento la capacità e le risorse per realizzare le opere necessarie e, immagina, vacanze regolatorie per remunerare gli investimenti e chi, invece, ha come prima preoccupazione il rischio che un alleggerimento eccessivo e, soprattutto, non valutato caso per caso delle regole asimmetriche poste a tutela della concorrenza riproduca quegli assetti monopolistici che hanno caratterizzato la storia europea delle telecomunicazioni e contro cui l'UE (e gli Stati) hanno condotta una lunga ed accidentata battaglia.

Le nuove norme permettono, in teoria, di adattarsi anche alle diverse scelte che gli Stati vorranno compiere spostando però l'attenzione sulla loro implementazione e quindi sulla capacità che le ANR dovranno dimostrare nel parametrare la loro azione rispetto alle decisioni che verranno progressivamente prese dai singoli Paesi. Questo rende chiaro di quanto sia necessario procedere immediatamente alla trasposizione del Codice europeo sul piano interno soprattutto per fornire all'azione delle ANR un solido fondamento normativo

La quarta ed ultima osservazione riguarda la governance istituzionale. Tra i tre principali soggetti coinvolti, le ANR, il BEREC e la Commissione escono rafforzati i primi due.

Le ANR vedono, infatti, puntellata la loro indipendenza dai Governi; ricevono la garanzia di un set di competenze incomprimibili; mantengono l'ultima parola sulla quasi totalità delle decisioni di regolazione a livello nazionale e, ivi, in particolare nella regolazione asimmetrica dei mercati³².

Il BEREC vede anch'esso rafforzata la propria indipendenza. Sia indirettamente perché emanazione delle ANR sia in conseguenza della sua mancata trasformazione in agenzia europea. Soprattutto però il BEREC diviene il soggetto protagonista della regolazione transnazionale ed è chiamato ora ad adottare ben tredici provvedimenti e gestire tre archivi (tra cui quello degli operatori attivi nel mercato delle comunicazioni elettroniche).

La Commissione paradossalmente, in questa tornata, non sembra uscire particolarmente rafforzata ed anche laddove aveva faticosamente ottenuto un potere di veto sospensivo deve ora operare con il beneplacito del BEREC. Fuori di questo gioco di equilibri ed equilibrismi si può però forse scorgere un disegno appena accennato in cui la Commissione decide di appoggiarsi sul BEREC e sulle ANR nel confronto con i Governi nazionali al fine di ottenere quei risultati che, agendo direttamente e talvolta in aperto contrasto, non potrebbe sperare di raggiungere. Molto dipenderà ovviamente da come le ANR asseconderanno questa strategia negli anni avvenire nonché dalla capacità dell'UE di indicare una strada capace di tenere insieme le specificità nazionali.

³² Riguardo a questo aspetto le riforme del 2009 del cd. Telecom Package avevano inciso maggiormente giungendo a prevedere un veto sospensivo in capo alla Commissione che poteva quindi richiedere alle ANR di ritirare una specifica misura. Il Codice europeo non fa il passo ulteriore e valorizza il ruolo del BEREC.