

Le *Authorities* e il sistema di vigilanza sulle radiofrequenze

Una comparazione tra il sistema inglese e quello italiano

Maria Diamante Stivanello Gussoni

(Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract Recent political events in our country have focused attention on the issue of radio frequencies, such as *«public good that has an important value, social cultural (especially) economic»*. It is understood that the allocation of the rights of use can represent a valuable economic resource for the losses in the state budget. And so, since the Stability Law of 2011 (l. n. 220/2013) it has been imposed on Authority for the Communications Authority (AGCOM) and the Ministry of Economic Development (MiSE), to initiate procedures for the allocation of radio frequencies, released as a result of the transition from analogue system to the digital. The gradual reallocation took place in part, free of charge, during the transition from analogue to digital TV broadcasters; and partly (the most significant) for consideration, through two calls. The first, reserved for mobile operators to provide mobile services of fourth generation (4G) and concluded in September 2011, made it possible to collect 3.945 billion euro against the 2.4 billion estimated by the Ministry of 'economic (MEF). The second was based on a different method of allocation, the c.d. Beauty contest, and it has been definitively canceled with l. n. 44/2012. After an arduous process, the new notice was published in Official Gazette of 12 February 2014, with deadline, after adjustment, scheduled for 15 April 2014. In this context, there are a number of questions: In Italy, who supervises a resource so important? What is the object of such control, and as such activity is substantiated? The present system can be considered virtuous? The answer to these questions is far from easy. This paper aims to provide answers to the questions identified, and then groped to highlight the lights and shadows of the Italian system, all in comparative perspective with the corresponding English system. The choice of GB, as a comparison, is sought in the innovator that this country has always demonstrated in the TLC sector, so as to have affected, starting in the '80s, the European liberalization process.

Sommario 1. Introduzione. – 2. Chi vigila sulle radiofrequenze in Italia? – 2.a. (segue) l'AGCM. – 2.b. In sintesi... – 3. L'oggetto dell'attività di vigilanza. – 3.a. Un rapido *excursus* in tema di evoluzione delle modalità allocative dello Spettro. – 3.b. Un caso pratico. L'attività di vigilanza in sede di *Spectrum Trading* ex art. 14 *ter* cod.c.e. – 4. Chi vigila sulle radiofrequenze in GB? – 4.a. L'attività di vigilanza di OFCOM in sede di *Spectrum Trading* (in generale). – 4.b. La vigilanza in sede di *transfer*. – 4.c. La vigilanza in sede di *lease*. – 5. In conclusione: il sistema di vigilanza italiano dello Spettro può dirsi virtuoso? – 5.a. AGCOM Vs OFCOM. – 5.b. Osservazioni critiche sulla vigilanza in tema di circolazione delle radiofrequenze. – 5.c. Ricapitolando....

1 Introduzione

Recenti eventi politici del nostro paese hanno riportato al centro dell'attenzione il tema delle radiofrequenze, quale *«bene pubblico dotato di un*

importante valore, sociale culturale (ma soprattutto) *economico*»¹. Si è compreso, infatti, come l'assegnazione di diritti d'uso possa rappresentare anche una risorsa economica preziosa per il ripianamento delle perdite nel bilancio statale. E così, a partire dalla Legge di Stabilità del 2011 (l. 13 dicembre 2010, n. 220) è stato imposto all'Autorità Garante per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e al Ministero dello Sviluppo Economico (MiSE), nell'ambito delle rispettive competenze, di avviare le procedure per l'assegnazione delle radiofrequenze liberate a seguito del passaggio dal sistema analogico a quello digitale (c.d. Dividendo digitale)².

La progressiva riassegnazione dello Spettro così liberato è avvenuta in parte a titolo gratuito, in sede di transizione delle emittenti tv dall'analogico al digitale; ed in parte, la più considerevole, a titolo oneroso per il tramite di due bandi. Il primo, riservato agli operatori di telefonia mobile per la fornitura di servizi di telefonia mobile di quarta generazione (4G) e concluso nel settembre 2011, ha permesso di incassare 3,945 miliardi di Euro, contro i 2,4 miliardi di Euro preventivati dal Ministero dell'Economica (MEF). Il secondo, invece, riservato agli operatori televisivi/radiofonici è stato fin dall'origine al centro dell'attenzione mediatica, e non solo, in quanto basato su una diversa metodologia di assegnazione, il c.d. *beauty contest*, poi definitivamente annullato con d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito nella l. 26 aprile 2012, n. 44.

La *ratio* di tale scelta sembra riconducibile ad una serie di considerazioni.

In primo luogo la mancata previsione di un corrispettivo monetario, a fronte dell'assegnazione di una risorsa che, nel precedente bando, aveva dimostrato di essere molto redditizia. Sicché, considerata la profonda crisi economica finanziaria che ci interessa, non sfruttare una simile potenzialità sembrava, giustamente, quanto mai inopportuno. In secondo luogo, vi era un palese contrasto con le direttive nn. 2009/140/CE e 2009/136/CE, oltretutto recepite tardivamente³ dai d.lgs. 20 maggio 2012, nn. 70 e 69⁴.

1 Art. 9 direttiva n. 2009/140/CE, c.d. Legiferare Meglio, sostitutiva dell'art. 9 della direttiva n. 2002/21/CE, c.d. Direttiva Quadro, recepita in Italia dal d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, che ha apportato modifiche al Codice delle Comunicazioni Elettroniche (cod.c.e.) del 2003 e nello specifico ha introdotto, tra l'altro, il nuovo testo dell'art. 14, secondo cui «*Tenendo debito conto della circostanza che le radiofrequenze sono un bene pubblico dotato di un'importante valore sociale, culturale ed economico (...)*».

2 Com'è noto, la transizione è avvenuta grazie all'utilizzo del digitale terrestre, che ha permesso di trasmettere su una singola frequenza, con un unico *multiplex*, quattro o cinque programmi televisivi, anziché uno soltanto, ottimizzando l'uso della risorsa e moltiplicandone la capacità di trasporto.

3 Queste Direttive avrebbero dovuto trovare recepimento in Italia entro il 25 maggio 2011. Il termine è stato però disatteso dal nostro Paese, nonché da altri 19 Stati membri, tale per cui è stata aperta una procedura d'infrazione dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 226 TCE (ora, art. 258 TFUE) per il mancato allineamento ai dettami comunitari.

4 In particolare, la direttiva n. 2009/140/CE, tra l'altro e più dettagliatamente, disciplina

Dopo un iter travagliato⁵, il nuovo bando è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il 12 febbraio 2014 con termine di scadenza, a seguito di rettifica, fissato per il 15 aprile 2014.

Oggetto dell'asta sono state le frequenze che componevano «(...) *tre reti televisive digitali terrestri nazionali, con un diritto d'uso ventennale non trasferibile per i primi tre anni (...)*», suddivise in tre lotti (L1, L2, L3).

Le peculiarità del bando sono diverse.

Potevano concorrere, per tutti e tre i lotti, soli i nuovi e/o piccoli operatori, ovvero quelli che detenevano un solo *multiplex*. Per gli operatori titolari di due reti in *DVB* era invece possibile concorrere per i lotti L1 e L3; mentre gli operatori integrati, attivi su altre piattaforme con una quota di mercato superiore al 50% della tv a pagamento (*Sky*) potevano partecipare per il solo lotto L1.

Il fine perseguito sembra essere stato quello di consentire la partecipazione a nuovi *broadcasters* attivi in Italia, interessati a entrare in un mercato con un bacino d'utenza di più di 22 milioni di telespettatori e un giro d'affari, a livello pubblicitario, che potenzialmente si aggira sui 3,5 miliardi di euro (in gran parte nelle mani di Mediaset e Rai). A riprova di ciò si consideri come *ab origine* sia stata prevista l'esclusione di Rai, Mediaset e Telecom Italia Media, in quanto già in possesso di più di due *mux* digitali.

Altra caratteristica del bando, al fine di impedire eventuali speculazioni, è stata l'introduzione di un divieto triennale di commercializzazione dei diritti d'uso così aggiudicati c.d. "*Spectrum Trading*"⁶. In concreto, tali diritti «*non potranno essere oggetto di transfer e/o leasing, cessione di ramo d'azienda (...)*» o di qualunque altra fattispecie negoziale che ai sensi della normativa vigente comporti la variazione del controllo⁷. Ma non

la possibilità per i diritti d'uso sulle radiofrequenze di essere oggetto di trasferimento, c.d. "*trading delle frequenze*", come già previsto, ma in modo più superficiale, dall'art. 9 della Direttiva Quadro, in <http://eur-lex.europa.eu/>.

5 Il 6 febbraio 2014 il Direttore Generale del MiSE ha firmato il bando e disciplinare di gara, redatti sulla base della delibera 277/13/CONS di AGCOM e delle indicazioni pervenute dalla Commissione Europea, e quindi pubblicati in *Gazzetta Ufficiale* il 12 febbraio 2014, prevedendo un'asta con offerte economiche con rilanci competitivi. Il 14 febbraio 2014 è poi intervenuta la rettifica al fine di aggiornare le caratteristiche dei lotti in gara a seguito dell'intervenuta delibera 451/13/CONS di AGCOM, del mese di agosto, che ha revisionato il Piano di assegnazione delle frequenze per il servizio televisivo terrestre in tecnica digitale per le reti nazionali. Sul punto, vedi *amplius: Mise, sottoscritto il bando di gara per l'asta delle frequenze TV*, in <http://www.sviluppoeconomico.gov.it>.

6 Volendo fornire una definizione di "*Trading delle radiofrequenze*" o "*Spectrum Trading*", si può dire che è tale quella modalità alternativa e secondaria di gestione delle radiofrequenze, che si concretizza nella cessione/affitto, a titolo oneroso, del diritto d'uso su una determinata frequenza, rilasciata dalla P.A. ad un'impresa mediante provvedimento.

7 Il bando precisa che: «(...) 4.3. *Fatta salva la disciplina speciale per le società per azioni quotate in borsa, sono equiparati al trasferimento dei diritti d'uso: a) la vendita dell'intero capitale sociale del partecipante; b) il trasferimento del pacchetto di controllo del partecipante*

solo, decorso il suddetto termine triennale, tali diritti saranno trasferibili solo nel rispetto della destinazione d'uso e dei parametri tecnici di cui al Piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive digitali terrestri, conformemente all'art. 14-ter del Codice delle comunicazioni elettroniche (cod.c.e.), «salvo soggetti che detengono 5 multiplex DVB-T o successive evoluzioni tecnologiche»⁸.

Quanto alla base d'asta, la stessa è stata individuata nell'importo complessivo di 90,75 milioni di Euro, il che equivale ad assegnare a ogni singolo multiplex un valore di circa 30 milioni ciascuno.

Alla luce di queste prime considerazioni è evidente come le radiofrequenze acquisiscano, giorno dopo giorno, una sempre maggiore importanza, non solo sociale e culturale, in considerazione del loro impiego, ma soprattutto, economica, come peraltro già evidenziato a suo tempo dal Legislatore Comunitario, che le ha appunto definite come «*un bene pubblico dotato di un'importante valore sociale, culturale ed economico (...)*»⁹.

Sorgono quindi spontanei una serie di quesiti.

In Italia, chi vigila su una risorsa così importante? Qual è l'oggetto di tale controllo e come si sostanzia tale attività? Ed ancora, l'attuale sistema può ritenersi virtuoso?

La risposta a tali quesiti è tutt'altro che agevole.

Il presente contributo è volto a dare risposta ai quesiti individuati, per tentare poi di evidenziare luci ed ombre dell'attuale sistema italiano, il tutto in un'ottica comparatistica con il corrispondente impianto inglese.

La scelta della Gran Bretagna (GB), quale termine di paragone, va ricercata nell'azione innovatrice che questo paese ha sempre dimostrato nel settore delle telecomunicazioni (TLC), tanto da aver influenzato, a partire dagli anni '80, il processo di liberalizzazione europeo¹⁰. Ed ancora, perché la GB è stato il primo paese europeo ad utilizzare concretamente il c.d.

o l'acquisizione del controllo esclusivo da parte del soggetto che già ne deteneva il controllo congiunto; c) il trasferimento di un numero di azioni o quote che sommate a quelle già detenute dal socio gli attribuiscono il controllo della società; d) la sottoscrizione di aumenti di capitale che conferisca il controllo del partecipante; e) il passaggio del controllo del partecipante per effetto di influenza dominante, qualificata ai sensi dell'articolo 43, comma 14 e 15, del decreto legislativo 3 luglio 2005, n. 177, o la costituzione di diritti reali su cosa altrui, diritti reali di garanzia ovvero di diritti personali di godimento su quote o azioni in numero tale che comporti il controllo delle società; f) nel caso di società cooperative, le variazioni della maggioranza di controllo a seguito di ammissione di nuovi soci; g) la cessione o anche il solo affitto o leasing dell'azienda; h) ogni altra ipotesi che, ai sensi della normativa vigente, comporta la variazione del controllo.».

8 Cfr. *Disciplinare di gara*, in <http://www.sviluppoeconomico.gov.it>.

9 Art. 9 direttiva n. 2009/140/CE, recepita con d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

10 Cfr. CABBINI, SASSANO, VALLETTI, *Le concessioni sullo Spettro delle frequenze*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di Mattei, Reviglio, Rodotà, Bologna, 2007.

Spectrum Trading, ¹¹tanto da aver guadagnato il soprannome di «*prima della classe*»¹².

Al fine di restringere il campo d'indagine, si approfondirà il sistema di vigilanza in sede di *Spectrum Trading*, sia per ragioni di attualità, viste le limitazioni¹³ indicate dal recentissimo bando di gara; ma soprattutto perché oggi questa metodologia secondaria di circolazione è assoggetta, quantomeno in Italia, ad un controllo stringente da parte di tutti gli Organismi del settore. In sostanza è un valido strumento per individuare chi in Italia ha il potere di vigilanza sullo Spettro.

Infine perché, come avremo modo di esporre, tale modalità allocativa ha destato non pochi problemi applicativi, diversamente da quanto auspicato dal legislatore comunitario.

2 Chi vigila sulle radiofrequenze in Italia?

Grazie a quanto evidenziato in premessa, è possibile fornire una prima risposta, seppur parziale, al primo quesito individuato.

Il sistema italiano di vigilanza dello Spettro è, in linea generale, affidato ad AGCOM e MiSE¹⁴, e si caratterizza per continui intrecci e sovrapposizione di competenze tra gli stessi, come confermato anche dalla Legge di Stabilità del 2011¹⁵, secondo cui «(...) *prima della data stabilita per la definitiva cessazione delle trasmissioni televisivi in tecnica analogica, Il Ministero dello Sviluppo Economico deve provvedere alla definitiva riassegnazione dei diritti d'uso del radiospettro anche mediante la trasformazione del rilascio provvisorio in assegnazione definitiva dei diritti d'uso e rilascia i relativi titoli abilitativi conformemente ai criteri previsti dall'art. 15 del testo unico dei servizi media audiovisivi (t.u.s.m.a.), ex d.lgs. 177/05. L'AGCOM poi avvia la procedura per l'assegnazione di diritti d'uso di frequenze radioelettriche da destinare a servizi di comunicazione elettronica mobili in larga banda. Mentre il Ministro per lo sviluppo economico fissa la data per l'assegnazione delle frequenze*».

11 Cfr. GOODMAN, *Spectrum Rights in the Telecosm to Come in San Diego law.rev.*, 2004, 41, p. 269 ss.

12 Cfr. CAMBINI, RAVAZZI, VALLETTI, *Il Mercato delle Telecomunicazioni. Dal Monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna, 2003, p. 44 ss.

13 Come già evidenziato, il nuovo bando prevede che i diritti d'uso delle frequenze, per i primi tre anni dalla data di aggiudicazione, non saranno trasferibili, nemmeno in parte, mediante *trading* o *leasing* o cessione del relativo ramo d'azienda, o mediante qualunque altra fattispecie che, ai sensi della normativa vigente, comporti la variazione del controllo.

14 A tale riguardo sono fondamentali: l'art. 7 cod.c.e., rubricato «*Funzioni del Ministero e Autorità*»; nel t.u.s.m.a., l'art. 9, dedicato al MiSE, e l'art. 10, disciplinante le funzioni dell'AGCOM.

15 L. 13 dicembre 2010, n. 220.

Il nostro Legislatore ha quindi optato, diversamente da quanto auspicato da quello Comunitario, per un sistema «*bicefalo*»¹⁶ di ripartizione di funzioni, come confermato dagli artt. 13 e 13 *bis* cod.c.e., di evidente natura programmatica¹⁷.

Questa scelta ha però (giustamente) destato non poche perplessità, soprattutto rispetto alla politica comunitaria, volta a far convergere in unico Organismo tutte le competenze in tema di TLC, tanto da aver generato un acceso dibattito in dottrina sul punto.

Secondo una prima interpretazione, le norme comunitarie non avrebbero escluso la legittimità di ripartire sul piano nazionale le funzioni tra più soggetti¹⁸, in quanto tale ripartizione non andrebbe ad inficiare l'esecuzione dei dettati normativi.

Maggiormente condivisibile è invece quella diversa tesi secondo cui la scelta del Legislatore italiano sarebbe «illegittima» in quanto, non solo la normativa comunitaria renderebbe obbligatoria l'attribuzione, sul piano nazionale, di tutte le funzioni ad un medesimo soggetto regolatore¹⁹ (l'AGCOM, appunto); ma soprattutto perché una ripartizione di funzioni di regolazione tra più soggetti nazionali sarebbe del tutto inidonea a garantire un'uniforme applicazione del diritto comunitario, oltre che in totale contrasto con le politiche volte alla Convergenza anche sul piano gestionale. A supporto di ciò, vengono richiamati gli accordi di collaborazione siglati fin dal 1998 tra MiSE e AGCOM, nati dalla necessità per la neo istituita di usufruire ed esercitare le sue nuove funzioni avvalendosi delle strutture ministeriale, al solo scopo di far fronte temporaneamente a difficoltà ed esigenze di carattere organizzativo.

Ebbene, sia l'estremo frazionamento di competenze, nonché l'assenza di una precisa demarcazione dei singoli poteri, hanno determinato ambiti

16 Cfr. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, p. 265 ss.

17 Cfr. Artt. 13 cod.c.e. (*Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione*) e 13 *bis* cod.c.e. (*Pianificazione strategica e coordinamento della politica in materia di radio*).

18 Cfr. OROFINO, *op. cit.*, p. 265, secondo cui «anzi espressamente si prevede questa opzione: la Direttiva quadro prende in considerazione questa ipotesi proprio nel momento in cui si richiede agli stati Membri di rendere pubbliche le funzioni esercitate dalle Autorità nazionali di regolamentazione e di notificare alla commissione tutte le autorità cui sono attribuite funzioni previste dal quadro comunitario (art. 3 commi 4 e 5 Direttiva Quadro)».

19 Cfr. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 98, per il quale la Comunità Europea prescrive un dato modello organizzativo; DE MINICO, *Gli organi di governo del settore delle comunicazioni: Ministero delle comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Mezzi di comunicazione e riservatezza: ordinamento comunitario e ordinamento interno*, a cura di Pace-Zaccaria-De Minico, Napoli, 2008, per il quale tale modello è l'unico compatibile con l'unicità del mercato; CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2003, p. 34.

di incertezza operativa²⁰, tali da rendere necessario l'avvio di un'attività di composizione preventiva dei possibili conflitti tra AGCOM e MiSE, i c.d. Accordi di reciproca collaborazione²¹.

A ben vedere però, nemmeno tali accordi sono stati risolutivi, tant'è che il Consiglio di Stato, nel febbraio 2011, avendo colto la complessità della questione, ha fornito una valida riqualificazione dei rapporti²².

L'occasione è stata offerta dal MiSE, proprio in sede di adozione di un bando per l'assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva terrestre, liberate dal passaggio dall'analogico al digitale²³.

Il Consiglio di Stato ha quindi preliminarmente ricordato il rapporto tra la struttura ministeriale e l'autorità amministrativa indipendente, assegnataria di funzioni neutrali finalizzate alla regolazione di settori economici sensibili, che richiedono l'esercizio di elevate competenze tecniche tali da porre questi settori economici al riparo da ingerenze politiche e dalla volubilità degli orientamenti delle mutevoli maggioranze politiche.

Si è quindi giunti alla conclusione che il rapporto tra MiSE e AGCOM riproduce la dicotomia tra politica e tecnica, in cui è quest'ultima a dover prevalere ogni qualvolta il legislatore preveda l'istituzione di un'autorità amministrativa indipendente. Nello specifico, si è affermato che l'Autorità è affidataria della definizione delle procedure per l'assegnazione delle frequenze, sulla base di criteri comunitari, mentre al MiSE spetta, solo sul piano gestionale, l'adozione degli atti di gara e il rilascio dei titoli abilitativi, con esclusione del riconoscimento di alcun potere integrativo in capo al Ministero.

Nonostante siano passati più di tre anni dalla pubblicazione del citato parere, non sembra che il rapporto di cooperazione e intreccio tra i due Organismi sia mutato.

Infatti, da un punto di vista normativo, sicuramente non si sono registrate riforme strutturali. A titolo meramente esemplificativo si ricordi come AGCOM sia ancora chiamata ad esprimere il suo parere sullo schema del

20 Cfr. GRANDINETTI, *La Riforma Gasparri Del Sistema Radiotelevisivo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1184 ss.

21 Cfr. *Accordo di collaborazione fra il Ministero delle comunicazioni e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, relativamente allo svolgimento di attività di competenza dell'Autorità, ovvero di interesse comune*, 30 giugno 2004, in *G.U.R.I.* 13 luglio 2004, n. 162. L'obbligo di pervenire a strumenti di raccordo tra le diverse Autorità aventi competenza nel settore è disciplinato dall'art. 8 *cod.c.e.*

22 Cfr. Cons. St., 25 febbraio 2011, parere n. 872, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1003 ss.

23 Il MiSE ha chiesto di sapere se, nell'esercizio dei poteri attribuitigli, si potesse escludere dalla partecipazione alla gare eventuali imprese che, pur avendo sede in uno stato Europeo, fossero controllate da un socio estero o comunque extracomunitario. Nel merito il Consiglio di Stato ha escluso l'applicabilità delle condizioni di reciprocità ed ha tracciato la linea di demarcazione tra competenze dell'Autorità e del Ministero.

Piano Nazionale di Ripartizione²⁴, elaborato dal MiSE e da questi successivamente approvato con proprio decreto. *Ex art. 14 cod.c.e. e art. 42, co. 5, t.u.s.m.a.*, l'*Authority* ha tutt'ora il compito di predisporre (ed aggiornare) i Piani di Assegnazione delle Frequenze²⁵, garantendo su tutto il territorio nazionale un uso efficiente e pluralistico della risorsa radioelettrica, nonché un'uniforme copertura e una razionale distribuzione delle risorse fra soggetti operanti in ambito nazionale e locale.

Sulla base della procedura e dei criteri definiti da AGCOM²⁶, il MiSE attribuisce con proprio decreto i diritti d'uso ai soggetti così selezionati. Ed infine, *ex art. 14 ter cod.c.e.*, in sede di *Spectrum Trading*, AGCOM ha un generale obbligo di supervisione, mentre al MiSE è tutt'ora riservato il compito di rilasciare il nulla osta per il *transfer*.

Dal canto suo, il MiSE esercita ancora in via esclusiva l'iniziativa verso il Governo in ordine agli accordi internazionali sulle emissioni radiotelevisive da e per l'estero.

Anche da un punto di vista prettamente pratico, sembra possibile giungere alla medesima conclusione, ovvero che l'intreccio di competenze è ancora attuale. A riprova di ciò, il Rapporto Annuale dell'AGCOM nel paragrafo dedicato ai rapporti con il MiSE, e in particolare con il Dipartimento per le comunicazioni, si è limitato ad affermare laconicamente che «*È proseguita anche nel 2012 un'intensa attività internazionale al fianco del Ministero dello sviluppo economico - Dipartimento comunicazioni, finalizzata a incrementare, attraverso accordi bilaterali con i Paesi confinanti le possibilità di utilizzo delle frequenze pianificate per l'Italia dalla Conferenza di Ginevra del 2006*»²⁷.

24 Si consideri che l'ultimo Piano di ripartizione delle frequenze è stato approvato con decreto del MiSE il 13 novembre 2008, così come modificato dal decreto del 4 maggio 2011, pubblicato in G.U., Serie Generale n. 143 del 22 giugno 2011.

25 *Ex art. 1, co. 6, lett. a), n. 1-2, della "Legge Maccanico"*, competenze attribuite dopo la riorganizzazione interna dell'AGCOM.

26 Cfr. OROFINO, *op. cit.*, p. 312. Ma non solo, il 21° *considerando* della Direttiva Quadro prevede che «*Gli Stati membri possono utilizzare, tra l'altro, sistemi di offerte concorrenti oppure di selezione comparativa per l'assegnazione delle radiofrequenze [...]*». L'art. 27, co. 7, cod.c.e., dispone che «*Alle procedure di selezione competitiva o comparativa per la concessione di diritti individuali di uso delle frequenze radio si applicano le disposizioni dell'articolo 29*». È bene però evidenziare che, *ex art. 29, co. 7, cod.c.e.*, in caso di procedure di selezione competitiva o comparativa di particolare rilevanza nazionale, l'AGCOM può sottoporre al MiSE la proposta, da trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, di costituzione di un Comitato di Ministri incaricato di coordinare la procedura stessa, in particolare per quanto attiene al bando ed al disciplinare di gara.

27 *Relazione Annuale Anno 2013*, p. 394 ss, in www.AGCOM.it.

2.a. (segue) l'AGCM

A ben vedere però, il rapporto di stretta collaborazione tra AGCOM e MiSE non è esclusivo, nel senso che in sede di vigilanza del mercato radio frequenziale interviene anche un terzo organismo: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Come spesso accade, infatti, un medesimo comportamento ben può assumere rilevanza sia sotto il profilo della normativa *antitrust* che sotto quella regolamentare.

Ed infatti, *ex art. 8 cod.c.e.*, AGCM è chiamata a collaborare con MiSE e AGCOM ai fini di una reciproca cooperazione, volta allo scambio di informazioni necessarie all'applicazione delle direttive europee sulle comunicazioni elettroniche²⁸.

Emblematica è poi l'ipotesi collaborativa prevista dall'art. 14 *ter* cod.c.e., ed in particolare il comma 5, secondo cui il MiSE, all'esito della verifica, svolta dall'AGCOM, richiede ad AGCM un parere in cui indichi che la concorrenza non sia falsata in conseguenza dei trasferimenti dei diritti d'uso, tanto che è stato addirittura siglato un protocollo d'intesa il 28 gennaio 2004 tra AGCOM e AGCM, tuttora vigente²⁹.

Ed ancora, *ex art. 19 cod.c.e.*, AGCOM, «*Sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, (...) effettua l'analisi dei mercati rilevanti, tenendo conto dei mercati individuati nella raccomandazione*», nonché delle linee direttrici ricevute da quest'ultima.

Questo rapporto di stretta collaborazione è stato oggetto di revisione a seguito del noto pronunciamento del maggio 2012 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata ad esprimersi sulla delicata questione della perimetrazione delle sfere di competenza delle distinte Autorità (AGCM e AGCOM) nella materia di tutela del consumatore (regolamentare e sanzionatoria) nei servizi di Comunicazione Elettronica, risolta a favore di AGCOM³⁰.

28 Il comma 2 del medesimo articolo dispone poi che MiSE, AGCOM e AGCM adottino, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice e nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, anche mediante specifiche intese, disposizioni sulle procedure di consultazione e di cooperazione reciproca nelle materie di interesse comune. Le disposizioni devono poi essere rese pubbliche sui rispettivi Bollettini ufficiali e siti *internet*. I suddetti organismi hanno poi l'obbligo di assicurare la cooperazione e trasparenza tra loro e nei riguardi della Commissione europea al fine di garantire la piena applicazione delle disposizioni stabilite dal cod.c.e.

29 Cfr. *Accordo di collaborazione fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di comunicazioni elettroniche*, del 28 gennaio 2004, in http://www2.AGCOM.it/provv/AGCOM-agcm_accordo.htm.

30 Cons. St., Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 15 e 16, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 953. Il Supremo Consesso «*ha accolto la tesi che nega la esistenza di una competenza di AGCM, con conseguente riforma delle sentenze di primo grado. Le pratiche commerciali in materia di comunicazioni elettroniche, infatti, sono oggetto di un'autonoma e*

Si è quindi reso necessario un nuovo accordo tra le due Autorità, sottoscritto il 22 maggio 2013³¹, in forza del quale è stata rafforzata la cooperazione negli interventi istituzionali. Più segnatamente, è stato disposto un dovere di segnalazione reciproca laddove, nell'ambito di procedimenti condotti singolarmente, emergano ipotesi di eventuali violazioni da parte degli operatori di norme alla cui applicazione sono preposte rispettivamente AGCOM o AGCM. Ed ancora, le Autorità sono tenute a scambiarsi periodicamente informazioni sulle linee generali di intervento, sulle attività oggetto di vigilanza (se necessario anche in fase preistrutturativa), sui procedimenti avviati e relativi esiti, in materia sia di concorrenza che di tutela del consumatore. Infine, «*possono, nei limiti di legge, effettuare ispezioni congiunte relativamente a fattispecie di comune interesse (...)*».

completa disciplina settoriale, posta a protezione dell'utente-consumatore di tali servizi, dettata principalmente dal d.lgs. 1 agosto 2003 n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) e dal relativo regolamento attuativo adottato con delibera del 23 novembre 2006 n. 664/06 di AGCOM, la cui applicazione è demandata a quest'ultima Autorità, titolare anche di potestà sanzionatoria in materia. Di conseguenza, la presenza di un'articolata normativa di ordine speciale, con relativi poteri sanzionatori in capo ad AGCOM, esclude, in ossequio al principio di specialità, la contemporanea applicazione, da parte di AGCM, della disciplina generale relativa alle pratiche commerciali scorrette di cui al Codice del consumo. In definitiva, la disciplina comunitaria e nazionale sulle comunicazioni elettroniche configura un vero e proprio ordinamento settoriale, con attribuzione in via esclusiva ad AGCOM non solo dei poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori».

31 Il nuovo accordo prevede in particolare: «*a) coordinamento degli interventi istituzionali su settori di interesse comune; b) segnalazioni dell'AGCOM all'AGCM di casi in cui, nell'ambito di procedimenti condotti dall'AGCOM medesima, emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, delle norme alla cui applicazione è preposta l'AGCM e, in particolare, della legge n. 287/1990, delle disposizioni comunitarie in tema di concorrenza, del D.Lgs. n. 206/2005 e del D.Lgs. n.145/2007; c) segnalazioni dell'AGCM all'AGCOM di casi in cui, nell'ambito di procedimenti condotti dall'AGCM medesima, emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, delle norme alla cui applicazione è preposta l'AGCOM e, segnatamente, delle disposizioni recate dalla c.d. "Riforma Quadro UE per le comunicazioni elettroniche" (Direttiva 2009/136/CE, Direttiva 2009/140/CE, Regolamento (CE) n. 1211/2009), dal c.d. "Quadro comunitario per i servizi postali dell'Unione europea (direttive 97/67/CE e successive modifiche e integrazioni), nonché dalla legislazione nazionale e dai provvedimenti di regolazione relativi ai settori delle comunicazioni elettroniche, dei servizi media audiovisivi e radiofonici e dei servizi postali; d) reciproco scambio di pareri e avvisi su questioni di interesse comune; e) collaborazione reciproca nell'ambito di indagini conoscitive su materie di comune interesse; f) collaborazione reciproca per l'invio di segnalazioni al Parlamento o al Governo su materie di comune interesse; g) iniziative congiunte in materia di enforcement, vigilanza e controllo dei mercati; h) collaborazione scientifica, formazione e scambio di personale; i) collaborazione reciproca nelle iniziative internazionali; j) collaborazione reciproca nelle iniziative a tutela del consumatore. (...)*»: in <http://www.agcm.it/stampa/news/6449-firmato-protocollo-AGCOM-antitrust.html>.

2.b In sintesi

Rinviando alla parte conclusiva per le osservazioni circa l'opportunità o meno del descritto sistema di vigilanza, in questa sede ci limitiamo solo a dare una risposta completa al primo quesito. Oggi, in Italia gli organismi preposti alla vigilanza dello Spettro sono tre: MiSE, AGCOM e AGCM.

3 L'oggetto dell'attività di vigilanza

Nell'individuare gli Organismi dotati di potere di vigilanza in tema di radiofrequenze, abbiamo in parte già individuato anche l'oggetto di tale attività.

Infatti, com'è a tutti noto lo Spettro è soggetto ad allocazione, ovvero « *divisione (...) in bande per particolari servizi, come i collegamenti da rete fissa, le comunicazioni mobili e le trasmissioni* »³², che ad assegnazione, ovvero l'autorizzazione data ad un soggetto di utilizzare una specifica frequenza, a determinate condizioni.

Si è, infatti, soliti affermare come le frequenze siano allocate prima a livello internazionale³³ e poi nazionale ad un certo uso e successivamente,

32 Cfr. COLANGELO, *Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nell'Unione Europea; Il caso degli slots aeroportuali e dello Spettro radio*, in *Europa e dir. priv.* 2009, p. 113 ss.

33 Si rammenti che: « *Fonte primaria del piano nazionale di ripartizione delle frequenze è il Regolamento delle radiocomunicazioni dell'UIT (International Telecommunication Union), che viene aggiornato attraverso le WRCs (World Radiocommunication Conferences) Queste conferenze si tengono di norma con cadenza quadriennale e l'ultima si è tenuta a Ginevra nel 2007 (WRC'07). Per la specifica attività di pianificazione, inoltre, l'UIT convoca Conferenze Regionali (RRC) dedicate alla pianificazione del servizio di radiodiffusione in una determinata area. Le ultime Conferenze Regionali tenutesi a Ginevra in due distinte sessioni GE'04 (nel 2004 per la definizione della parte normativa) e GE'06 (nel 2006 per l'elaborazione dei piani tecnici) avevano l'obiettivo di revisionare i preesistenti piani (Wiesbaden/Maastricht per il TDAB) e Stoccolma '61 (per la televisione analogica). Il risultato di tali conferenze ha portato alla definizione ed assegnazione delle risorse per la radiodiffusione sonora (TDAB) e televisiva (DVB-T) in tecnica digitale, alle nazioni facenti parte della macro area definita come Region 1 (area comprendente Europa, Africa, Medio-oriente e parte asiatica della Repubblica russa).* »: in <http://www.AGCOM.it/Default.aspx?message=contenuto&DCID=261>. In dottrina, v. amplius: CAGGIANO, *La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche: telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di F. Bassan, Milano, 2010, p. 221 ss., secondo cui « *In sede internazionale (ITU) si svolge la pianificazione strategica per l'allocazione delle frequenze nelle tre Regioni in cui è diviso lo spazio elettromagnetico, secondo modalità di utilizzazione esclusiva, o condivisa su base primaria e secondaria, da parte delle diverse tipologie di servizi. Dalle norme internazionali discendono piani nazionali di coordinamento delle frequenze con gli Stati vicini e della medesima area geografica-continentale, soprattutto (ma non solo) per l'inevitabile debordamento (spill over) delle aree confinanti. Nel quadro dell'allocazione delle frequenze disponibili nella Regione 1 (Europa, Africa, Medio Oriente), la pianificazione strategica e l'armonizzazione d'uso possono richiedere decisioni integrative, di carattere tecnico e non vincolante, da parte dell'Organizzazione regionale europea ad hoc.*

assegnate ai diversi operatori, a livello solo nazionale, mediante procedure quasi sempre ad evidenza pubblica (asta, *beauty contest*, ecc.).

Da questa dicotomia terminologica è dipesa l'istituzione dei "piani di ripartizione" e "di assegnazione" delle radiofrequenze. I primi hanno lo scopo di stabilire, prima in ambito internazionale e poi nazionale e per il tempo di pace, l'attribuzione ai diversi servizi delle bande di frequenze oggetto del piano; quindi di indicare per ciascun servizio, nell'ambito delle singole bande, l'autorità governativa preposta alla gestione delle frequenze, oltre che le principali utilizzazioni civili; ed infine, di verificare l'efficiente utilizzazione dello Spettro, al fine di liberare risorse per il settore televisivo e di gestire al meglio gli eventuali contenziosi con i Paesi frontalieri.

Invece, i piani di assegnazione, redatti sulla base dei piani di ripartizione, determinano le aree di servizio degli impianti e, per ciascun'area, la localizzazione degli stessi (trasmettenti e ripetitori), nonché i parametri radioelettrici e la frequenza assegnata a ciascun impianto.

Si può quindi validamente affermare che, in linea generale, in Italia, come nel resto del mondo, la sede ove si registra la maggiore attività di vigilanza sono appunto le diverse fasi dei processi di allocazione e assegnazione, in sostanza le metodologie di circolazione delle radiofrequenze. Nello specifico, tale attività si sostanzia inizialmente nella scelta della procedura primaria di allocazione (asta, *beauty contest*, ecc.) e relativa disciplina. In un secondo momento, invece, ad assegnazione primaria conclusa, l'attività di vigilanza si sostanzia nel controllo in sede di *trading*.

La *ratio* va ricercata nell'importanza economica, sociale e culturale dello Spettro, che implica la necessità di vigilare non solo sull'impiego in concreto di tale risorsa, ma anche sui titolari dei connessi diritti d'uso, al fine di evitare inutili speculazioni (vedi il caso del *beauty contest* annullato) ma anche un utilizzo al disotto delle potenzialità.

3.a. Un rapido *excursus* in tema di evoluzione delle modalità allocative dello Spettro

Ai fini del presente studio, meritano maggior attenzione i piani di allocazione e le connesse modalità allocative. In primo luogo perché, come sostenuto da autorevole dottrina³⁴, sono questi i veri "piani regolatori dell'etere",

(CEPT). *Le misure assunte in questa sede possono a loro volta essere trasformate, se del caso, in decisioni vincolanti per gli stati membri dell'UE.*».

34 Cfr. GOODMAN, *op. cit.*, p. 269 ss.; ZACCARIA, VALASTRO, *Il Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010, p. 302. Più nel dettaglio, la dottrina citata ritiene che il piano di ripartizione equivarrebbe ad una sorta di piano regolatore; mentre, la ripartizione (i piani di assegnazione) in blocchi di frequenze per usi diversi (pubblici, privati) corrisponderebbe alla parcellizzazione del territorio per aree urbane, commerciali, ecc. Ed ancora, come nella

considerate le competenze ad essi attribuiti; ma soprattutto perché sono da sempre soggetti a continui aggiornamenti³⁵, sia da un punto di vista tecnico che con riferimento alle possibili modalità allocative.

Infine, come in parte già anticipato, si deve considerare che proprio la fase allocativa rappresenta il momento in cui, da sempre, si registra il controllo più penetrante da parte degli Organismi preposti, in ragione della sua complessa articolazione.

È opportuno però ricordare come l’allocazione sia stata interessata da una massiccia evoluzione e diversificazione per quanto riguarda le procedure utilizzate.

Infatti, fino ai primi anni ’90, il metodo più utilizzato era il c.d. *Command & Control*, in base al quale la P.A. era responsabile sia dell’allocazione che dell’assegnazione delle frequenze e solo per specifici usi, tecnologie e operatori³⁶. L’atto che caratterizzava questo procedimento era la rigida

lottizzazione, una volta ripartite le frequenze per particolari usi, per ogni blocco lo Stato predisporrebbe specifiche “regole di utilizzo” e “tecniche di fruizione”. A loro volta queste “regole” sarebbero comparabili ai requisiti strutturali (ad es. la dimensione del lotto e la progettazione degli edifici) che i piani regolatori impongono ai proprietari dei fondi. Concretamente, i “requisiti strutturali” sarebbero: i limiti alle emissioni di energia e di interferenza; gli orari obbligatori per fornire i servizi; la definizione dei servizi, e le attrezzature o le specifiche di progettazione del sistema ecc. Questo parallelismo nasce quale conseguenza della tesi oggi prevalente, soprattutto nei paesi angloamericani, secondo cui lo Spettro sarebbe una *new property*, soggetto a *property rights*. Il primo a teorizzare il concetto dello “*Spectrum property rights*” è stato Leo Herzl nel 1951, studente in legge che in quel momento stava preparando un commento critico alle politiche di *Spectrum management* del US FCC (HERZEL, “*Public interest*” and the market in color television regulation, in *University of Chicago law rev.*, 1951, p. 802 ss.). Successivamente, era infatti il 1959, l’economista e premio Nobel Ronald Coase ha sostenuto l’idea dell’assegnazione dei diritti dello Spettro mediante asta fosse un’alternativa più efficace rispetto alla situazione dell’epoca (cfr. COASE, *The Federal Communications Commission*, in *Journ. law. eco.*, 1959, 2, p. 1-40). Invece, in ambito accademico, il primo che ufficialmente sostenne questa tesi furono A.S. DE VANY ET AL., *A Property System for Market Allocation of the Electromagnetic Spectrum: A Legal-Economic-Engineering Study*, in *Stan. law rev.*, 1969, 21, p. 1499. V. poi *amplius*: HAZLETT, *The Wireless Craze, the Unlimited Bandwidth Myth, the Spectrum Auction Faux Pas, and the Punchline to Ronald Coase’s “Big Joke”: an essay on Airwave Allocation Policy*, in *Harv. int. law. journ. & Tech.*, 2001, 14, p. 335; HAZLETT, *Assigning Property Rights to Radio Spectrum Users: Why Did FCC License Auctions Take 67 Years?*, in *Journ. law. eco.*, 1998, 41, p. 529-534; MINASIAN, *Property Rights in Radiation: An Alternative Approach to Radio Frequency Allocation*, in *Journ. law. eco.*, 1975, 18, p. 221; ROSSTON, STEINBERG, *Using Market-Based Spectrum Policy to Promote the Public Interest*, in *Fed. comm. law. journ.*, 1997, 50, p. 87-93; CARDILLI, *Towards a Property Rights Approach to Communications Spectrum*, in *Yale j. on reg.*, 1999, 16, p. 53; WHITE, “*Propertyizing*” the Electromagnetic Spectrum: *Why It’s Important, and How to Begin*, 9 in *Media l. & poly*, 2000, 9, p. 19.

35 Si pensi alla Delibera di AGCOM 451/13/CONS, dell’agosto 2013, che ha revisionato il Piano di assegnazione delle frequenze per il servizio televisivo terrestre in tecnica digitale per le reti nazionali, in <http://www.agcom.it/default.aspx?message=visualizzadocument&docID=11639>.

36 Cfr. COLANGELO, *op. cit.*, p. 133, secondo cui si ha *Command & Control*, quando «il Regolatore prende la maggior parte delle decisioni chiave circa il modo in cui lo Spettro deve venir utilizzato, sia riguardo l’utilizzo (ad esempio mobile) o la tecnologia (ad esempio GSM) ed in alcuni casi entrambi».

e immodificabile concessione a soggetti predefiniti, in considerazione del monopolio vigente nel settore delle TLC.

Ben presto però questo metodo entrò in crisi proprio a causa della sua eccessiva rigidità.

Le allocazioni *ex ante*, non essendo passibili di successiva modifica, provocavano l'irrigidimento del mercato, un sottoutilizzo delle bande assegnate e un limitato sviluppo di nuove tecnologie, potenzialmente più efficienti. Tutto ciò andava conseguentemente a svantaggio soprattutto del consumatore finale, che non poteva usufruire di prezzi minori, risultanti da un mercato più flessibile e competitivo³⁷.

Tale inadeguatezza risultava ancora più palese con l'avvento della "Convergenza Multimediale". Infatti, divenendo fruibili più servizi attraverso la medesima piattaforma, era difficile mantenere una convivenza con un approccio ove il Regolatore eseguiva distinzioni molto nette e rigide tra bande confinanti, ammettendo per ciascuna di esse solo determinati usi ed escludendone altri³⁸.

Si è quindi resa necessaria la previsione di un nuovo sistema di assegnazione, pur sempre basato sulla razionalizzazione dell'uso dello Spettro, quale risorsa limitata, ma che trovasse la sua massima espressione nella c.d. "Pianificazione".

La risposta a tali esigenze è stata il passaggio dal sistema concessorio a quello basato sulle autorizzazioni generali e licenze individuali (ora provvedimenti di rilascio di diritti d'uso), con conseguente nascita del c.d. *Market Model*³⁹, ove i diritti d'uso sullo Spettro, comunque sottoposti

37 Cfr. OFCOM, *Progress on key Spectrum initiatives. A review and update of the SFR and SFR*, 2008, in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/sfrrip/annexes/sfrprogress.pdf>. Tipico esempio di questo mal funzionamento sono i radar aerei, applicazioni che in passato avevano beneficiato della concessione gratuita dello Spettro, che verosimilmente avrebbero potuto sviluppare nel tempo tecnologie molto più efficienti con conseguente fruizione di larghezze banda minori.

38 Cfr. CAMBINI, SASSANO, VALLETTI, *op. cit.*, p. 304.

39 La Nuova Zelanda (forse a causa dell'importanza delle comunicazioni senza filo per il Paese più isolato del mondo) fu il primo paese a regolare l'uso dello Spettro elettromagnetico (1902), gli Stati Uniti la seguirono nel 1912 introducendo il meccanismo delle licenze radio. Ma non solo, la Nuova Zelanda per prima in assoluto utilizzò le aste come meccanismo di assegnazione dello Spettro nel 1989. Fu poi nell'agosto 1993 che il presidente americano Bill Clinton firmò una legge storica garantendo alla FCC di mettere all'asta i diritti di licenza per l'uso dello Spettro elettromagnetico. Cfr. HAZLETT, *Spectrum Flash Dance: Eli Noam's Proposal for 'Open Access' to Radio Waves*, in *Journ. law. eco.*, 1998, vol. 41, no. 2, part 2, p. 805-820. In Italia il *Market model* è disciplinato rispettivamente: dall'art. 27, co. 5, cod.c.e. secondo cui «*I diritti di uso delle frequenze radio e dei numeri sono rilasciati mediante procedure aperte, obiettive, trasparenti, non discriminatorie e proporzionate. Nel caso delle frequenze radio il Ministero, nel rilasciare i diritti, precisa se essi siano trasferibili su iniziativa del detentore degli stessi e a quali condizioni, conformemente all'articolo 14. Una deroga ai requisiti per le procedure aperte può essere applicata quando il rilascio di diritti individuali d'uso delle frequenze radio per la diffusione di contenuti radiofonici o televisivi è necessario per conseguire un obiettivo*

al controllo e gestione da parte della P.A., potevano essere assegnati in modi differenti.

In particolare, con riferimento proprio alle modalità di assegnazione, si assiste alla progressiva introduzione di metodologie quali il *First-come first-served*, utilizzabile quando non vi è una scarsità di risorse; l'asta; il *beauty contest* e il meccanismo dei prezzi incentivanti, c.d. *Administrative Incentive Pricing (AIP)*.

A ben vedere però, i metodi più utilizzati in questo nuovo contesto di

di interesse generale conforme alla normativa dell'Unione europea.»; il co. 5 bis, dispone che «Al momento del rilascio dei diritti d'uso, il Ministero specifica se tali diritti possono essere trasferiti dal titolare e a quali condizioni. Nel caso delle frequenze radio, tali disposizioni sono conformi agli articoli 14 e 14-ter del Cod. CE.»; nonché dal co. 7 del medesimo articolo, secondo cui «Alle procedure di selezione competitiva o comparativa per la concessione di diritti individuali di uso delle frequenze radio si applicano le disposizioni dell'articolo 29». Ed infine, fondamentale è anche l'art. 29, secondo cui «1. Quando debba valutare l'opportunità di limitare il numero dei diritti di uso da concedere per le radiofrequenze oppure di prolungare la durata dei diritti d'uso esistenti a condizioni diverse da quelle specificate in tali diritti, l'Autorità, tra l'altro: a) tiene adeguatamente conto dell'esigenza di ottimizzare i vantaggi per gli utenti e di favorire lo sviluppo della concorrenza e la sostenibilità degli investimenti rispetto alle esigenze del mercato, anche in applicazione del principio di effettivo ed efficiente utilizzo dello Spettro radio di cui agli articoli 14, comma 1, e 27, comma 6; b) concede a tutte le parti interessate, compresi gli utenti e i consumatori anche attraverso le associazioni, l'opportunità di esprimere la loro posizione, conformemente all'articolo 11; c) pubblica qualsiasi decisione di concedere solo un numero limitato di diritti d'uso o di limitare il rinnovo dei diritti d'uso, indicandone le ragioni; d) stabilisce procedure basate su criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori; e) riesamina tali limitazioni a scadenze ragionevoli o a ragionevole richiesta degli operatori interessati. 2. L'Autorità, qualora ritenga possibile concedere ulteriori diritti individuali di uso delle frequenze radio, rende nota la decisione ed il Ministero invita a presentare domanda per la concessione di tali diritti. 3. Qualora sia necessario concedere in numero limitato i diritti individuali di uso delle frequenze radio, il Ministero invita a presentare domanda per la concessione dei diritti di uso e ne effettua l'assegnazione in base a procedure stabilite dall'Autorità. Tali criteri di selezione devono essere obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori e devono tenere in adeguata considerazione gli obiettivi di cui all'articolo 13 e le prescrizioni di cui all'articolo 14 del Codice. 4. Qualora sia necessario ricorrere a procedure di selezione competitiva o comparativa, il Ministero, su richiesta dell'Autorità, proroga il periodo massimo di sei settimane di cui all'articolo 27, comma 8, nella misura necessaria per garantire che tali procedure siano eque, ragionevoli, pubbliche e trasparenti per tutti i soggetti interessati, senza superare, in ogni caso, il termine di otto mesi. 5. I termini di cui al comma 4 non pregiudicano l'eventuale applicabilità di accordi internazionali in materia di uso delle frequenze radio e di coordinamento delle posizioni orbitali dei satelliti. 6. Il presente articolo non pregiudica il trasferimento dei diritti di uso delle frequenze radio in conformità all'articolo 14-ter. 7. In caso di procedure di selezione competitiva o comparativa di particolare rilevanza nazionale, l'Autorità può sottoporre al Ministro dello sviluppo economico la proposta, da trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, di costituzione di un Comitato di Ministri incaricato di coordinare la procedura stessa, in particolare per quanto attiene al bando ed al disciplinare di gara».

Market Model saranno l'asta⁴⁰ e poi il *beauty contest*⁴¹, in ragione dei risultati economici e non, che queste metodologie allocative da sempre garantiscono.

Con il tempo però, si notò che l'efficienza e il massimo profitto dello Spettro perduravano fintanto che lo stesso veniva utilizzato da chi lo valutava maggiormente. Tale circostanza era però in netto contrasto con le descritte modalità allocative in considerazione della loro ontologica rigidità. E' ben vero che si era passati ad un regime di circolazione sicuramente più elastico rispetto a quello originario, caratterizzato dalle concessioni, ma è anche vero che, una volta assegnata la frequenza ad un determinato soggetto, non era poi stata prevista la possibilità per quest'ultimo, laddove non fosse più interessato a sfruttare le potenzialità di tale risorsa, di cederla autonomamente⁴².

In sostanza il sistema si dimostrava ancora una volta eccessivamente rigido.

Il legislatore comunitario, al fine di scongiurare il rischio di un congelamento di una risorsa così preziosa, ha ritenuto opportuno ammettere pro-

40 In Gran Bretagna l'asta viene impiegata per la prima volta nel marzo-aprile del 2000. Grazie a questa assegnazione, avente ad oggetto cinque licenze per supportare lo standard 3G nella telefonia mobile, la *Radiocommunications Agency* incassa circa £ 22.5 miliardi (EUR 38.3 miliardi). La tipologia prescelta è l'ascendente simultanea, simile a quella utilizzata negli Stati Uniti, con la differenza però per i concorrenti possono ottenere solo una licenza. Cfr. OFCOM, *Spectrum Framework Review: Implementation Plan* in, <http://stakeholders.OFCOM.org.uk/consultations/sfr/>: « (...) A further important step was taken in 2000, with the first use of an auction in the UK to allocate Spectrum to particular users. ». Sul punto, v. *amplius* BINMORE, KEN, KLEMPERER, *The Biggest Auction Ever: the Sale of the British 3G Telecom Licences*, in *Eco. Journ.*, 2001, 112 (478): C74-C96; NATIONAL AUDIT OFFICE, *Radiocommunications Agency: The Auction of Radio Spectrum for the Third Generation of Mobile Telephones*, in <http://www.nao.org>, 2001, p. 10 ss.; CRAMTON, *Lessons Learned from the UK 3G Spectrum Auction*, in <http://www.cramton.umd.edu/papers2000-2004/01nao-cramton-report-on-uk-3g-auction.pdf>, secondo cui «In April of 2000, the Radiocommunications Agency of the United Kingdom completed its first Spectrum auction, raising £22.5 billion for five third-generation (3G) mobile wireless licenses. This paper assesses how well the UK 3G Spectrum auction did in achieving the Government's objectives». Si consideri che negli USA la prima volta che viene utilizzata l'asta è il 1994.

41 Si pensi che in GB il *beauty contest* è stato utilizzato per l'assegnazione delle frequenze 2G. A ben vedere però questa metodologia non ha convinto pienamente, tant'è che la *Radiocommunications Agency*, durante la predisposizione del piano di assegnazione delle licenze 3G, ha affermato che «Government should not be trying to judge who will be innovative and successful», in <http://www.nao.org>. Dal canto suo OFCOM definisce invece il meccanismo del *beauty contest* come una metodologia che crea situazioni di favoritismo ingiustificato e corruzione, in <http://www.OFCOM.org.uk/static/archive/Spectraumauctions/documents/faq2.htm>. In dottrina si veda *amplius*: CAVE, *Market-based methods of Spectrum management in the UK and the European Union*, in *Telecommunications Journal of Australia*, 2008, vol. 58, p. 2; GANS, KING, WRIGHT, *Wireless Communications*, in *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2, Amsterdam, 2005.

42 Cfr. 4° *considerando* della Decisione n. 243/2012/UE, c.d. Decisione Spettro Radio, modificativa di quella del 2002, secondo cui «È opportuno adottare un nuovo approccio economico e sociale per quanto riguarda la gestione, assegnazione e l'uso dello Spettro radio».

gressivamente⁴³ la possibilità sia di vendere/affittare le frequenze (*Spectrum Trading*), sia di prevedere la possibilità di modificare la destinazione d'uso delle stesse al fine di ottenerne il massimo profitto, se pur con limiti ben definiti.

Tale iniziativa sembrava essere un valido strumento per accrescere la flessibilità della gestione dello Spettro, favorendo l'assegnazione delle frequenze a chi era in grado di estrarne il massimo valore economico⁴⁴.

3.b. Un caso pratico: l'attività di vigilanza in sede di *Spectrum Trading* ex art. 14 ter cod.c.e.

Individuati l'oggetto dell'attività di vigilanza (le diverse fasi di circolazione delle radiofrequenze) e i soggetti chiamati a vigilare in Italia (AGCOM, MiSE e AGCM), vediamo ora come tale attività si realizzi nel caso specifico dello *Spectrum Trading*, in ragione dell'importanza che tale modalità allocativa secondaria ha acquisito progressivamente negli ultimi tempi.

Come anticipato, tale tecnica attributiva secondaria è regolata dall'art. 14 ter cod.c.e., e segnatamente dai commi II, II, IV, V e VI.

In particolare, il comma II pone una netta distinzione tra l'ipotesi di trasferimento dei diritti d'uso delle frequenze con limitata disponibilità di banda e assegnate ad un numero predeterminato di operatori (quella in esame), e l'ipotesi del trasferimento dei diritti d'uso riguardanti le altre frequenze, assoggettate invece alla disciplina ex art. 25, co. 8, cod.c.e.⁴⁵.

43 I riferimenti normativi sono le Direttive 2002/21/CE e 2009/140/CE. Per una puntuale ricostruzione storica si veda: CAVE, *Review of Radio Spectrum Management. An independent review for Department of Trade and Industry and HM Treasury*, in http://www.ofcom.org.uk/static/archive/ra/Spectrumreview/2002review/1_whole_job.pdf; OFCOM, *Spectrum Framework Review: Implementation Plan*, in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/sfr/>.

44 Cfr. Considerando n. 14 della Decisione n. 243/2012/UE, secondo cui «*Lo scambio di diritti d'uso dello Spettro radio combinato con condizioni d'uso flessibili potrebbe rivelarsi molto positivo per la crescita economica. Pertanto, le bande per le quali il diritto dell'Unione ha già introdotto una certa flessibilità d'uso dovrebbero immediatamente poter essere oggetto di scambi conformemente alla Direttiva 2002/21/CE.*»: in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=L:2012:081:0007:0017:IT:PDF>.

45 Art. 25, co. 8, cod.c.e. «*Una autorizzazione generale può essere ceduta a terzi, anche parzialmente e sotto qualsiasi forma, previa comunicazione al Ministero nella quale siano chiaramente indicati le frequenze radio ed i numeri oggetto di cessione. Il Ministero entro sessanta giorni dalla presentazione della relativa istanza da parte dell'impresa cedente, può comunicare il proprio diniego fondato sulla non sussistenza in capo all'impresa cessionaria dei requisiti oggettivi e soggettivi per il rispetto delle condizioni di cui all'autorizzazione medesima. Il termine è interrotto per una sola volta se il Ministero richiede chiarimenti o documentazione ulteriore e decorre nuovamente dalla data in cui pervengono al Ministero stesso i richiesti chiarimenti o documenti.*».

Come osservato da autorevole dottrina⁴⁶, le due disposizioni in esame destano non poche perplessità circa i rispettivi ambiti applicativi.

La soluzione preferibile a tali incertezze sembra però essere quella che fonda le proprie argomentazioni su un'attenta interpretazione delle due fattispecie. Si è infatti osservato che la cessione dell'autorizzazione generale, come anche dei diritti d'uso delle frequenze, non è subordinata ad alcun provvedimento autorizzatorio e produce effetto dalla comunicazione al Ministero il quale, a seguito della comunicazione di cessione, ed entro i sessanta giorni successivi, deve verificare la sussistenza in capo al cessionario dei requisiti necessari per lo svolgimento dell'attività oggetto di autorizzazione, compiendo un esame analogo a quello *ex art. 25, co. 4*, per l'ipotesi dell'avvio di attività. Se la verifica ha esito negativo, il Ministero dispone, a carico del cessionario, il divieto di prosecuzione dell'attività.

Invece, nell'ipotesi in cui il cedente intenda trasferire anche i diritti individuali d'uso delle numerazioni e delle frequenze derivanti da provvedimenti di rilascio *ex art. 27 co. 5 del cod.c.e.*, e per i quali (relativamente alle frequenze) non sia stata disposta la limitazione del numero *ex art. 29*, il trasferimento è subordinato ad un provvedimento del Ministero, che dovrà pronunciarsi entro i 60 giorni successivi alla relativa istanza. Il Ministero, dal canto suo, dovrà valutare la sussistenza in capo al cessionario dei requisiti per il rispetto delle condizioni dei diritti d'uso oggetto di cessione.

Continuando, i co. 3 e 4 conferiscono a MiSE e AGCOM il potere discrezionale di rivedere le condizioni di utilizzo dei diritti d'uso ceduti. In particolare, il comma 4 riconosce il capacità di vietare il trasferimento/affitto dei diritti ottenuti *ab origine* a titolo gratuito. Tale limitazione è stata introdotta nel nuovo testo dell'*art. 14-ter*, in ottemperanza a quanto disposto dal d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, che così recita: «*Resta fermo il potere del Ministero e dell'Autorità di stabilire le condizioni di assegnazione dei diritti individuali d'uso delle frequenze, anche disponendo il divieto di trasferimento e affitto dei diritti d'uso eventualmente ottenuti a titolo gratuito*». In sostanza, la disposizione è rivolta a tutti i soggetti che nel processo di transizione dall'analogico al digitale, hanno ottenuto il rilascio di diritti d'uso delle radiofrequenze a titolo gratuito, c.d. eredità analogica. La scelta non sembra sbagliata.

Se così non fosse, si creerebbero delle posizioni di squilibrio, ove alcuni operatori potrebbero trarne rilevanti vantaggi pur non avendo pagato alcun corrispettivo, rispetto ad altri tenuti a sborsare ingenti somme per ottenere detti diritti d'uso.

Il comma 5 pone a carico solo del cedente l'obbligo di notificare al Ministero e all'AGCOM l'intenzione di effettuare un *trade*. La notifica apre poi

46 Cfr. CLARICH, BOSO CARETTA, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 414 ss.

un procedimento cui partecipano AGCOM, MiSE e AGCM. In estrema sintesi, AGCOM, secondo le procedure stabilite nell'accordo di collaborazione siglato nel 2004⁴⁷, verifica che il trasferimento non falsi la concorrenza.

Il trasferimento è poi efficace solo previo assenso del Ministero che, sentita l'AGCOM, comunica, entro novanta giorni, l'eventuale nulla osta all'operazione, ovvero i motivi che ne giustificano il diniego. È quindi possibile qualificare il nulla osta alla stregua di una *condicio iuris* di efficacia del negozio giuridico.

L'impresa subentrante ha infine l'ulteriore onere di notificare al Ministero una comunicazione che attesti che il trasferimento/affitto è avvenuto nel termine di sessanta giorni dal rilascio del nulla osta.

Il secondo periodo del co. 5, diversamente dalla precedente formulazione⁴⁸, ha riconosciuto la possibilità di modificare l'utilizzo delle radiofrequenze affittate/cedute, a seguito del recepimento del "Principio di Neutralità Tecnologica". Le frequenze non sono più oggetto di un rigido utilizzo ma, in ragione di detto principio, possono essere impiegate per qualsiasi genere di servizio, purché venga rispettato l'uso armonico, a monte, dello Spettro. La *ratio* è evidente. Essendo ormai pacifico come le frequenze siano risorse polifunzionali, in ragione della loro composizione tecnica, tale peculiarità deve essere sfruttata nel miglior modo possibile dai titolari dei diritti d'uso, in modo da conseguirne la maggiore efficienza economica e di impiego.

Il comma 6 dispone che, solo all'esito della verifica di AGCOM e AGCM circa eventuali profili di concorrenza falsata, MiSE potrà rilasciare la propria autorizzazione. E, se ritenuto necessario, sempre al fine di non falsare la concorrenza, sarà possibile apporre delle specifiche condizioni all'utilizzo dei diritti d'uso. Il comma in esame è quindi la conferma testuale di quanto già osservato nel paragrafo precedente circa il rapporto di stretta collaborazione dei tre Organismi preposti alla vigilanza dello Spettro.

Ebbene, a parere di chi scrive permangono però nel sistema analizzato una serie di "ombre".

47 Protocollo d'intesa siglato il 28 gennaio 2004 tra AGCOM E AGCM, e ancora vigente relativamente a tale fattispecie; l'art. 2 di detto protocollo dispone: «1. In seguito alla notifica da parte di un operatore dell'intenzione di trasferire i diritti d'uso delle radiofrequenze, ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del Codice, l'AGCOM accerta l'incidenza dei predetti trasferimenti sull'assetto concorrenziale del mercato. All'esito della predetta verifica, l'AGCOM invia uno schema di parere, comprensivo delle eventuali condizioni proposte, all'AGCM ai fini dell'adozione del parere di cui all'articolo 14, comma 5, del Codice.2. Ferme restando le proprie competenze in materia di controllo delle concentrazioni ex legge n. 287/90, l'AGCM rende il parere di cui al comma precedente entro trenta giorni dalla richiesta; la decorrenza del termine può essere interrotta per una sola volta per esigenze istruttorie. Si applica l'articolo 1, comma 4, del presente accordo. 3. Acquisito il parere dell'AGCM, l'AGCOM comunica al Ministero delle comunicazioni le risultanze della verifica effettuata, con l'indicazione delle eventuali condizioni da apporre all'autorizzazione», in http://www2.AGCOM.it/provv/AGCOM-agcm_accordo.htm.

48 Il previgente e corrispondente co. 5 dell'art. 14 cod.c.e. disponeva che «(...) i trasferimenti suddetti non possono comportare un cambiamento dell'utilizzo di tali radiofrequenze».

In primo luogo perché né AGCOM e né tantomeno MiSE hanno ritenuto opportuno adottare regolamenti attuativi, che esplicassero concretamente come effettuare il *transfer* e il *lease*. Vi è conseguentemente una totale incertezza circa le modalità negoziali utilizzabili, dal momento che il testo normativo si limita infatti ad un generico riferimento ai termini “trasferire” e “affittare”.

Nemmeno per gli aspetti formali da adottare vi sono precise indicazioni, nonostante l’espressa previsione di fasi che richiedono precisi formalismi come appunto al richiamato comma.

Sorge quindi spontaneo chiedersi come si possa rendere pubblico l’assenso (nulla osta) del MiSE; ovvero come si possa pubblicizzare e rendere opponibile ai terzi un ipotetico *transfer/lease*.

Ma non solo, già da una prima lettura superficiale è assolutamente evidente come l’intero procedimento si caratterizzi per un’eccessiva “macchinosità”. È, infatti, necessaria un’autorizzazione amministrativa espressa; il procedimento è assoggettato ad una verifica da parte di tutti i potenziali interessati (MiSE, AGCOM e AGCM); permane pur sempre un vincolo di destinazione nell’utilizzo delle radiofrequenze, imposto a livello comunitario, al di là del carattere polifunzionale di questa risorsa; l’impresa subentrante deve a sua volta notificare al Ministero l’avvenuto trasferimento, ecc.

Tutte scelte prive di qualsivoglia fondamento logico, soprattutto alla luce della *ratio* dell’istituto che si ricorda essere quello di evitare o quantomeno ridurre le lungaggini burocratiche tipiche delle metodologie allocative primarie.

Individuate tali criticità e rinviando alle conclusioni per fornire alcuni spunti risolutivi pratici, possiamo ora ad analizzare un diverso modello di vigilanza che, forse, meriterebbe di essere maggiormente considerato dai nostri organismi di settore, quantomeno in considerazione dei risultati conseguiti e dell’esperienza maturata. Ci si riferisce perciò al caso della Gran Bretagna.

4 Chi vigila sulle radiofrequenze in GB?

La vigilanza sulle radiofrequenze in GB è oggi affidata ad un unico organismo: OFCOM, nato dalla fusione di altri cinque organi⁴⁹ e contemporaneamente incaricato della gestione, regolamentazione, assegnazione⁵⁰ e rila-

49 Tali sono: la *Broadcasting Standards Commission*; la *Independent Television Commission*, l’*Office of Telecommunications (OFTEL)*, la *Radio Authority* e la *Radiocommunications Agency*. Si consideri che inizialmente l’OFCOM è stata istituita dal *Office of Communications Act* del 2002 e poi dotata di pieni poteri attraverso il *Communications Act* del 2003.

50 Ex *section 14* WTA, OFCOM determina: la regolamentazione delle aste e/o *beauty contest* (compreso il potere di scegliere le tipologie) e relativa procedure; il metodo di pagamento;

scio delle *licences* per l'utilizzo dello Spettro, finalizzato alle trasmissioni televisive e radiofoniche, alla trasmissioni di telefonia mobile, reti private di comunicazione, dispositivi *wireless* e così via; nonché responsabile dello sviluppo e pubblicazione del Piano di autorizzazione delle frequenze (*UK Frequency Authorisation Plan*)⁵¹. Più nel dettaglio, ai sensi dei *Communications Act* del 2003 e *Wireless Telegraphy Act* (WTA) del 2006, OFCOM svolge sia la parte preliminare all'assegnazione e sia assegna concretamente le licenze. Fondamentale è poi la funzione di Garante della concorrenza nel settore di afferenza, con l'espressa facoltà di adottare le tipiche forme rimediali del sistema *antitrust*.

Ciò che suscita particolare interesse sono i modernissimi sistemi di vigilanza adottati da OFCOM. Ci si riferisce in particolare allo *Spectrum Information System* (SIS), un *data base* disponibile *online*, che dà informazioni sulle *licences* commercializzabili. Attraverso questa risorsa si accede poi anche ad altri tre registri *online*.

Il primo è l'*UK Plan for Frequency Authorisation* (UKPFA), che fornisce dati sulle frequenze disponibili per l'assegnazione; indica gli scopi per cui le diverse frequenze sono state assegnate e se queste possono essere scambiate. La sua consultazione può avvenire sia per gamma di frequenza che settore della licenza/classe. Inoltre, è possibile affinare la ricerca per includere solo lo Spettro negoziabile.

Il secondo è il *Wireless Telegraphy Act Register* (WTR), che individua i soggetti che hanno diritto di trasmettere in base ad una licenza in specifiche frequenze o aree geografiche, nonché i singoli titoli negoziabili (es: nomi dei contatti e dettagli di indirizzo, la classe di licenza, la banda (e) di frequenze e se del caso, l'area geografica di attività). La ricerca può essere effettuata in base alla frequenza, al numero di licenza, all'area geografica di interesse, oppure combinando questi elementi. Peculiare è la possibilità di limitare l'indagine ad una specifica area geografica utilizzando direttamente la mappa fornita sul sito⁵².

Infine vi è il *Trade Notification Register* (TNR), che raccoglie tutti i dati sulle licenze commercializzate o in procinto di esserlo. La pubblicazione di questi dati consente agli interessati di conoscere il numero di transazioni che hanno avuto luogo e lo Spettro che viene scambiato. Nel

la scelta circa necessità di una cauzione e i termini, e le limitazioni a cui le licenze saranno sottoposte.

51 In origine la gestione delle radiofrequenze civili era affidata alla *Radiocommunications Agency*, la quale rilasciava le licenze dietro parere positivo del *Secretary of State of Trade and Industry* secondo quanto stabilito dal *Wireless Telegraphy Act* del 1949. Oggi invece il WTA specifica che la *United Kingdom's Frequency Allocation Table* deve essere prodotta dall'OFCOM per conto del *Cabinet Office Committee nel UK Spectrum Strategy*. Cfr. I. LLOYD, IAN LLOYD LEGAL SERVICE LTD, *Wireless Telegraphy: licensing*, in <http://westlaw.co.uk>.

52 L'accuratezza del registro non è comunque garantita dall'OFCOM.

dettaglio, il TNR⁵³ indica se OFCOM ha dato il consenso al trasferimento e, al termine, la data di completamento dello stesso. Se il *trade* non viene completato, il TNR sarà aggiornato per riflettere questo *status*. Parallelamente segue anche l'aggiornamento del WTR, per riflettere eventuali partecipazioni detenute nelle nuove licenze rilasciate. Determinate le diverse competenze di OFCOM, possiamo ora ad analizzare il sistema adottato da tale *Authority* nel peculiare caso dello *Spectrum Trading*, ritenendolo un modello sicuramente virtuoso per i motivi che di seguito si esporranno.

4.a. L'attività di vigilanza di OFCOM in sede di *Spectrum Trading*

La commercializzazione dello Spettro in GB è regolata dal coordinamento tra il *Communications Act* del 2003⁵⁴ e il *Wireless Telegraphy Act* del 2006. Mentre, per quanto concerne la parte attuativa, il *transfer*⁵⁵ è oggi disciplinato dal *Wireless Telegraphy (Spectrum Trading) Regulations* 2012 No. 2187, entrato in vigore il 13 settembre 2012, che ha semplificato notevolmente il precedente *Regulations* del 2004, ampliando la gamma di frequenze commercializzabili.

Infatti, dagli studi condotti⁵⁶ era risultato come il "primo" *Spectrum*

53 Quanto alle modalità di consultazione, nel TNR si possono effettuare ricerche in base alla data in cui è stata presentata la posposta di *trade*, oppure con riguardo alla data in cui il *trade* ha avuto luogo, per nome degli acquirenti e/o dei venditori o per tipo di licenza. Sono altresì disponibili i dettagli delle operazioni: in corso, già concluse, parziali o totali.

54 Ex *Section* 168 del *Communication Act* del 2003.

55 Il *transfer* di diritti e doveri relativi ad una licenza *Public Wireless Network* (PWN) è regolato separatamente dal *Wireless Telegraphy (Mobile Spectrum Trading) Regulations* 2011. Questo regolamento è molto simile al *General Trading Regulations* ma include alcune previsioni specifiche ulteriori. Sul punto, si rinvia al testo ufficiale reperibile nel *website* di OFCOM. La cessione dello Spettro gestito dalla *Crown* è invece regolata dal *Wireless Telegraphy (Recognised Spectrum Access and Licence)* e dallo *Spectrum Trading Regulations* del 2009, n. 17, in <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/17/contents/made>.

56 In generale hanno analizzato il procedimento di *transfer* i seguenti Autori: PAREKH, *The Spectrum challenge*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2006, vol. 12, n. 2, p. 41 ss.; AKALU, DIAZ ARIAS, *Assessing the policy of Spectrum Trading in the UK*, in *Info*, 2012, vol. 14, n. 1, p. 36 ss.; FLANAGAN, *Spectrum management*, in *Telecommunications law and regulation*, 2013, a cura di I. Walden, p. 393; mentre con specifico riguardo alle luci ed ombre del previgente sistema si veda, *amplius*: CAVE, *op. cit.*; AKALU, *Why there have been so few Spectrum trades in the UK: lessons for Europe*, in *Info*, 2010, vol. 12, n. 1, p. 10 ss.; FREYENS, YEROKHIN, *Allocative Vs technical Spectrum efficiency*, in *Telecommunications Policy*, 2011, 35, p. 291, secondo cui: «*Other countries such as Australia and the United Kingdom have taken similar approaches but results have been less encouraging than in the US for several bands, including the 2.3 GHz band discussed in the previous section*».

*Trading*⁵⁷ avesse avuto scarso successo anche, e soprattutto, per ragioni procedurali.

Effettivamente, nella versione iniziale del 2004, il *transfer* prevedeva sei *steps* ai fini della validità dello stesso; nonché l'obbligo del preventivo rilascio del consenso da parte di OFCOM, previa valutazione nel merito della domanda.

Quanto al *lease*, si osserva come sia oggetto anch'esso di apposito regolamento e più in particolare ci si riferisce all'*Electronic Communications and Wireless Telegraphy Regulations 2011* (SI 2011/1210)⁵⁸, che ha attuato l'art. 9 b della Direttiva Quadro 2002/21/CE, così come recentemente rivista dalla Direttiva 2009/140/CE.

4.b. La vigilanza in sede di *transfer* oggi

Secondo la vigente normativa richiamata nel precedente paragrafo, una volta che le condizioni contrattuali sono state concordate tra le parti, il cedente deve fornire ad OFCOM, previa compilazione di un apposito modulo prestampato, le seguenti informazioni: il numero di riferimento della licenza oggetto di *transfer*; i nomi e gli indirizzi rispettivamente dell'originario licenziatario (o dei *concurrent* licenziatari) e del potenziale cessionario; una descrizione del tipo di trasferimento prescelto tra quelli autorizzati (*outright/concurrent/partial*, ecc.); un documento siglato da o per conto del titolare, (o da ciascun *concurrent* titolare) della licenza e da o per conto del cessionario, in base al quale ciascuno di tali soggetti garantisce all'OFCOM di aver prestato il proprio consenso a tale accordo di trasferimento. Nel caso poi di un *partial transfer* è altresì necessario specificare i diritti e gli obblighi oggetto di cessione.

Controllata la documentazione, non tanto nel merito, quanto solo da un punto di vista formale, OFCOM pubblica un avviso sul TNR indicante: i nomi del titolare della licenza (o dei titolari concorrenti) e del cessionario; la data in cui sono stati verificati tutti i requisiti prescritti; la classe e il numero di riferimento della licenza oggetto di *transfer*; e nel caso di trasferimento parziale, la descrizione dei diritti per cui si è proposta la richiesta di autorizzazione al trasferimento. Il *transfer* è quindi «*effected*».

In concreto, una volta che l'originario licenziatario ha "riconsegnato" la propria licenza, OFCOM provvede a rilasciarne una nuova al cessionario. Più nello specifico, l'operazione si ritiene completata, nel caso di *concur-*

57 Nel marzo 2007 emerse che dall'introduzione della procedura erano stati effettuati solo 18 *trades*. Per un'accurata analisi della situazione si veda AKALU, *op. cit.*, p. 10 ss.

58 *Electronic Communications and Wireless Telegraphy Regulations 2011* (SI 2011/1210), in http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/1210/pdfs/ukxi_20111210_en.pdf.

rent transfer, quando la licenza viene assegnata al cessionario e al cedente e/o a tutti i *concurrent licence's holders* (vecchi e nuovi); è invece effettivo il *partial transfer* quando la licenza viene assegnata oltre che al cedente anche al titolare (ai *concurrent transfers*) che hanno posto in essere il *transfer*. Sulla matrice del precedente procedimento⁵⁹, è data ancora la possibilità ad OFCOM di bloccare, in qualsiasi momento, il *transfer* qualora vi siano «*circumstances in which a transfer is not authorised*», ovvero qualora uno, tra il licenziatario, o uno dei *concurrent holders*, o il cessionario stesso, non abbia acconsentito al trasferimento, o vi siano dei pagamenti in sospeso da effettuare o rate già scadute ma non ancora non saldate⁶⁰.

Da un punto di vista pubblicitario, tutte le informazioni relative ai nomi delle parti, all'oggetto e ai diritti ceduti, nonché lo *status* dell'operazione vengono pubblicate sul TNR⁶¹.

4.c. La vigilanza in sede di *lease*

Diversamente dal *transfer*, il *lease* è soggetto ad un minore grado di controllo.

Infatti, con riferimento alla tipologia negoziale non sono prescritti particolari vincoli a cui le parti si devono uniformare, né da un punto di vista della tipologia di *lease*, e nemmeno rispetto ad ipotetici procedimenti da

59 Il precedente *Spectrum Trading Regulations* del 2004, *ex regulation* 9, imponeva ad OFCOM la valutazione anche di una serie ulteriore di fattori, come ad esempio: se il titolare era, o i titolari concorrenti erano, in contrasto con i termini della licenza in base al quale i diritti e gli obblighi dovevano essere trasferiti; se il cessionario fosse in grado di soddisfare i termini, le disposizioni e le limitazioni della licenza oggetto di cessione. In caso di trasferimento parziale, si verificava che il cedente fosse in grado di soddisfare i termini, le disposizioni e le limitazioni della licenza che doveva essere rilasciata a seguito del trasferimento. Ed ancora, si vagliava se il cessionario fosse stato in grado di soddisfare i criteri di ammissibilità relativi alla classe di licenza da trasferire. Erano, infatti, motivi di rigetto anche: gli eventuali interessi di sicurezza nazionale; l'eventuale necessità di conformarsi ad accordi/intese o obblighi internazionali ed Europei; il rispetto di obblighi imposti dal *Secretary of State of Trade and Industry*. Ma non solo, *ex section Regulation* 10, OFCOM poteva prestare il proprio consenso sotto condizione sospensiva.

60 Ed ancora, è possibile interrompere la procedura quando OFCOM abbia notificato l'intenzione di revocare o variare la licenza *de qua*, purché che tale modifica/variazione non sia ancora pervenuta; ovvero, nel caso in cui il titolare di licenza (o i titolari concorrenti) abbia/no richiesto ad OFCOM di revocare/variare la licenza, ovvero che abbia/no acconsentito alla variazione/revoca proposta direttamente da OFCOM, ma che l'attuazione della revoca/modifica non sia ancora avvenuta.

61 Secondo la previgente metodologia nel TNR, fino a quando non vi era il consenso espresso dell'OFCOM, appariva quale *status* «*Being processed*». Successivamente, lo *status* veniva aggiornato, prima con «*Consent granted*» seguito poi da «*Completed*». Questo ultimo *status* significava che il *transfer* era divenuto effettivo. Nel caso in cui il *transfer* non fosse stato autorizzato, o le parti avessero deciso di non continuare il *trade*, appariva lo *status* «*Transfer not completed*». Cfr. OFCOM, *Trading Guidance notes*, 2011, in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/spectrum/spectrum-policy-area/spectrum-trading/tradingguide.pdf>.

seguire. Non è poi fissato l'obbligo di preventiva notifica ad OFCOM della proposta contrattuale.

Quanto agli obblighi delle parti, il *lease* deve essere stipulato per iscritto e solo a richiesta di OFCOM il contratto deve essere esibito per eventuali verifiche. È però onere delle parti prevedere una clausola per la risoluzione "rapida" e soddisfacente di eventuali controversie, pur essendo possibile l'intervento di OFCOM nel caso in cui le parti non riescano a dirimere la questione autonomamente.

Quanto al licenziatario, questo è tenuto ad informare l'affittuario sia dei termini e delle condizioni della licenza. In caso contrario, è possibile incorrere sia in sanzioni pecuniarie che nella chiusura della apparecchiature.

Il licenziatario deve poi garantire l'affittuario che l'uso delle apparecchiature radio sia conforme alle condizioni di licenza⁶².

Si consideri comunque che in via generale, il locatore rimane sempre il solo responsabile, nei rapporti esterni, di tutti gli obblighi previsti dalla licenza, compreso il pagamento del corrispettivo all'OFCOM, pur essendo possibile una diversa suddivisione, ma ad efficacia esclusivamente interna dell'onere retributivo.

Quanto al locatario, questo è tenuto a svolgere la propria attività rispettando i termini della licenza del locatore. In caso contrario, può costituire un reato penale ai sensi dell'articolo 8 della WTA.

Nel caso in cui un locatario causi, o si lamenti per un'interferenza, è obbligo del licenziatario attivarsi per eliminare eventuali problematiche. Solo in un secondo momento, qualora persista la problematica, OFCOM potrà intervenire⁶³.

Laddove si verificano i presupposti per la revoca⁶⁴ della licenza, (ad esempio per il mancato pagamento del corrispettivo) o sospensione (ad

62 Sono altresì obblighi del licenziatario: la tenuta di un registro degli affittuari ed eventuali sub-affittuari, (qualora sia consentito il sub-*leasing*) e fornire tempestivamente informazioni a richiesta di OFCOM. Anche in questi casi, il licenziatario può essere sanzionato, se inadempiente.

63 Nel caso in cui però emerga che la problematica è stata causata in prima persona dal locatore, ad esempio nella pianificazione dell'uso dello Spettro, vi saranno dei costi da coprire, come anche nel caso in cui risulti che la problematica derivi dall'installazione di apparecchi da parte del denunciante. In tal caso l'OFCOM può sanzionare sia il locatore che il locatario. Se invece emerge che è il locatario ad aver agito intenzionalmente o imprudentemente, in violazione delle condizioni di licenza, oppure causando interferenze dannose, commettendo quindi una violazione del *section 8 WT Act*, si potranno adottare provvedimenti nei suoi confronti.

64 La revoca o la variazione possono verificarsi per vari motivi, anche connessi alla volontà/colpa del titolare della licenza o per volere dell'OFCOM. Si pensi ad esempio alla possibilità che siano intervenuti cambiamenti negli obblighi internazionali o nelle indicazioni del *Secretary of State of Trade and Industry*. Tali eventi non dovrebbero essere frequenti, ma non per questo non vanno considerati. Non a caso, l'OFCOM suggerisce di effettuare sempre una *due diligence* per verificare che i diritti locati rientrano nei termini e nelle condizioni della licenza e che il licenziatario sia effettivamente autorizzato a concedere il *lease*.

esempio, se la gamma di frequenza o l'area di copertura viene ridotta o le condizioni tecniche sono alterate), le autorizzazioni dei locatari cessano e tale evenienza travolge anche l'efficacia dei contratti di locazione, che automaticamente si risolvono. I locatari devono quindi essere consapevoli che la legittimità del loro uso dipende dalla validità della licenza del locatore. Ed ancora, è previsto che nel caso in cui la licenza venga trasferita ad altro soggetto, il vecchio contratto di *lease* si estingue automaticamente e sarà quindi necessario stipularne un nuovo con il nuovo licenziatario. È però data la facoltà alle parti di concordare che il contratto di locazione venga assegnato (trasferito) al nuovo licenziatario quale parte integrante del procedimento di trasferimento.

5 In conclusione: il sistema di vigilanza italiano dello Spettro può dirsi virtuoso?

Per poter fornire una risposta completa all'ultimo quesito individuato, passiamo alla comparazione tra sistema di vigilanza italiano ed inglese.

Abbiamo visto come, in linea generale, l'oggetto sia sempre il medesimo, ovvero le diverse fasi di circolazione delle radiofrequenze. Pertanto l'attenzione si focalizzerà sul confronto tra gli Organismi preposti al controllo del settore e sulle metodologie utilizzate per vigilare sullo Spettro, soprattutto con un occhio di riguardo al caso del *trading*.

5.a. AGCOM Vs OFCOM

Già da un raffronto superficiale è chiaro come l'Autorità inglese, ai sensi dei *Communications Act* del 2003 e *Wireless Telegraphy Act* del 2006, sia dotata di pieni ed autonomi poteri decisionali relativamente alla gestione, regolamentazione, assegnazione⁶⁵ e rilascio delle licenze per l'utilizzo dello Spettro, al punto che è anche il Garante della concorrenza nei settori sottoposti al suo controllo.

Non sussiste quindi alcuna competenza concorrente con altro organismo statale o para-statale. L'unica limitazione è la possibilità, a dir vero molto rara nella pratica, per il *Secretary of State for Culture, Media and Sport* di emanare delle *Directions* a cui l'OFCOM si deve adeguare.

Palese quindi è la distanza con la nostra AGCOM, dotata di un potere decisionale nettamente più limitato, considerato che, come ricordato in

65 Ex *section 14* del WTA del 2006, OFCOM disciplina: la regolamentazione delle aste e/o *beauty contest* (compreso il potere di scegliere le tipologie) e relativa procedure; il metodo di pagamento; la scelta circa la necessità di una cauzione e i termini, e le limitazioni a cui le licenze saranno sottoposte.

precedenza, non è ad esempio di sua competenza il rilascio effettivo delle licenze, nè tantomeno l'indizione dei bandi di gara. In sostanza, la sua attività si limita alla scelta della metodologia allocativa più adatta, a seconda delle caratteristiche tecniche delle frequenze da assegnare, nonché alla supervisione della vari fasi della procedura.

Ed ancora, al di là del pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, anche in tema di analisi della concorrenza, abbiamo visto come il potere dell'*Authority* italiana sia assolutamente limitato e comunque sottoposto ad un obbligo di continua cooperazione con AGCM.

Solo OFCOM può quindi essere qualificato come vero organismo indipendente, convergente, autosufficiente e virtuoso come auspicato dal Legislatore Comunitario. Al contrario, AGCOM si trova ancora lontana anni luce dall'idea secondo cui l'operato della Autorità dovrebbe essere svolto in « *piena autonomia e indipendenza di giudizio e valutazione* »⁶⁶ al fine di evitare la subordinazione ai poteri dello Stato.

Pare quindi più che adatta la qualifica di Autorità « *Semi-indipendente* »⁶⁷ riconosciuta ad AGCOM da parte della dottrina italiana, che in più occasioni ha evidenziato la *non* indipendenza di questo organismo, anche in considerazione delle modalità selettive dei suoi componenti⁶⁸.

66 Art. 1, co. 1, l. n. 249/1997. Il testo riproduce la medesima formula di cui all'art. 2, co. 5, l. n. 481/1995. In dottrina, v. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002, p. 104.

67 Cfr. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.

68 Da un punto di vista organizzativo presenta delle peculiarità proprie e diverse rispetto alla gemella inglese. Infatti, è dotata di una struttura unitaria, ed è internamente composta da quattro organi, ciascuno titolare di specifiche competenze (il Presidente; la Commissione per le infrastrutture e le reti; la Commissione per i servizi e i prodotti; il Consiglio). Più nel dettaglio, ciascuna Commissione è organo collegiale costituito dal Presidente dell'Autorità e da due Commissari (in precedenza quattro). Il Consiglio è poi costituito dal Presidente e da tutti i Commissari. L'elezione dei quattro Componenti è prerogativa del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, che ne eleggono due ciascuno, cui poi segue la formale nomina con decreto presidenziale. In concreto, ciascun senatore e ciascun deputato esprime il voto indicando un nominativo per il Consiglio. In caso di morte, di dimissioni o di impedimento di un commissario, il Ramo del Parlamento competente procede all'elezione di un nuovo commissario, che resta in carica fino alla scadenza ordinaria del mandato dei componenti l'Autorità (sette anni). Invece, il Presidente dell'Autorità è nominato, sempre con decreto presidenziale, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con il Ministro delle comunicazioni (oggi MiSE). La designazione del nominativo è previamente sottoposta al parere delle competenti Commissioni parlamentari ai sensi dell'art. 2 della l. 14 novembre 1995, n. 481. Sul punto va infine preso atto che sono i regolamenti parlamentari a disciplinare in concreto le procedure di votazione, prevedendo che questa avvenga a scrutinio segreto, così da non rendere riconducibili le preferenze espresse a favore dei candidati eletti ad alcun parlamentare e ad alcuna forza politica a garanzia, tra l'altro, dell'indipendenza degli eletti. Al contrario, tutti i componenti di OFCOM, compresi il Presidente e Vicepresidenti, sono nominati dal *Secretary of State of Culture, Media and Sport*. Ciò nonostante, OFCOM è sottratta dall'influenza ed dal controllo governativo, dovendo rispondere annualmente del proprio operato solo al Parlamento, il quale effettua nei suoi riguardi anche un controllo di

Inoltre, rispetto all'organizzazione e distribuzione di competenze, il sistema italiano non può sicuramente considerarsi virtuoso poiché, a differenza di quello inglese, si caratterizza per un continuo accavallamento di competenze, che provocano inevitabilmente uno spreco di risorse e un'ingiustificata macchinosità delle procedure di circolazione delle frequenze.

In questo senso quindi sarebbe auspicabile una riforma sistematica di AGCOM al fine di renderla realmente indipendente, in modo da essere l'unico organismo della Convergenza Multimediale e preposto alla Vigilanza dello Spettro in Italia, in conformità a quanto richiesto dal legislatore europeo⁶⁹.

5.b. Osservazioni critiche sulla vigilanza in tema di circolazione delle radiofrequenze

Anche confrontando lo *Spectrum Trading* italiano con quello inglese, non si può che giungere alla medesima conclusione: il nostro sistema non è né virtuoso e né efficiente.

Infatti, senza alcuna reale motivazione, ad oggi non esiste nel nostro ordinamento un regolamento attuativo per il *trading* simile a quello predisposto dall'OFCOM. Questo elemento non può che essere considerato con estremo sfavore se si considera che gli studi condotti in Gran Bretagna⁷⁰ avevano proprio evidenziato come una delle cause ostative alla reale efficacia di questa metodologia andasse ricercata, tra l'altro, nella scarsa disciplina dell'istituto, che creava incertezza e titubanza sia per i venditori che per gli acquirenti, che non avevano alcun punto di riferimento normativo o comunque regolamentare certo. È noto a tutti, infatti, che un mercato non possa funzionare se non se ne conoscono i contenuti e i limiti.

Pertanto, questa scelta di voler rendere completamente incerta ed indefinita la procedura pare non corredata da alcuna motivazione logica condivisibile, se non il fatto che, ancora una volta, la PA italiana manifesta evidenti problemi di efficienza, soprattutto se comparata al sistema inglese.

Ed ancora, è indubitabile come il *trading* italiano si caratterizzi, alla luce delle osservazioni svolte nel paragrafo dedicato, per un'eccessiva macchinosità. Ci si riferisce in particolare alla necessità del nulla osta del MiSE, sentito il parere di AGCOM e del continuo rimpallo di notifiche da parte dei soggetti partecipanti, nonché della necessità del parere di una terza autorità, l'AGCOM appunto.

tipo finanziario. V. *amplius*, in tema di nomina dei componenti dei vari dipartimenti interni ad OFCOM, http://stakeholders.OFCOM.org.uk/binaries/international/OFCOM_intro.pdf.

69 Cfr. RANGONE, *Il codice delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1173.

70 Cfr. AKALU, *op. cit.*, p. 10 ss.

Anche in questo caso, l’Autorità italiana ha totalmente ignorato l’esperienza decennale della collega inglese che, originariamente, aveva anch’essa previsto il preliminare *consent*.

Fortunatamente, però dopo una prima tendenza negazionista, OFCOM ha preso atto che il *trading*, per com’era stato progettato, non poteva avere successo proprio in ragione dell’eccessiva macchinosità, tanto da spingere ad una semplificazione del previgente *Wireless Telegraphy (Spectrum Trading) Regulations* n. 3154/2004, al fine di invogliare maggiormente gli *users*. Quest’ultimo è stato quindi modificato dal nuovo *Regulations 2185/2012* attraverso cui, in primo luogo, è stato abolito il requisito del *consent* di OFCOM al *transfer*.

Ma non solo: sempre in un’ottica di semplificazione e velocizzazione, sono state rispettivamente eliminate la possibilità di richiedere integrazioni documentali, (*section 8 f*) nonché l’obbligo della preventiva pubblicazione di un avviso di proposta di *transfer* nel TNR a seguito del quale l’OFCOM poteva decidere se autorizzare o meno il *transfer* (*section 8, 3*). Ed ancora, sono state soppresse sia le “ulteriori circostanze” che potevano influenzare il consenso (*ex section 9-Consent by OFCOM*), sia la possibilità di condizionare sospensivamente il *transfer*, (*ex section 10-direction*). Per una maggiore trasparenza, il *Register Regulations* ha ampliato la possibilità per l’OFCOM di pubblicare nel *Wireless Telegraphy Register* certi tipi di informazioni ritenute “fondamentali”, anche in ordine alle nuove licenze trasferibili.

Infine, sempre per ridurre⁷¹ il controllo *ex ante* e quindi facilitare le operazioni, l’*Authority* stessa si è resa disponibile, previa presentazione di un *form*, debitamente compilato e disponibile sul sito web dell’ente, a fornire informazioni riguardo al titolare della licenza, (confermando se il titolo è stato rilasciato al titolare della licenza, o a tutti i titolari di licenze concorrenti), al corrispettivo della licenza ed all’eventuale sussistenza di una notifica al licenziatario di revoca o variazione, ovvero l’eventuale richiesta di revoca o di variazione da parte del titolare, o dei titolari in solido⁷².

Ancora una volta quindi non si è prestata attenzione all’esperienza inglese secondo la quale non è necessario il *Consent*, né tantomeno la preventiva notifica a titolo informativo, con un evidente risparmio in termini di tempo e di denaro per gli operatori di mercato.

Sussiste poi un controsenso logico laddove, pur essendo la procedura

71 Ed ancora, l’ANR fornisce informazioni circa l’autorizzazione o meno riconosciuta al licenziatario di concludere contratti di locazione. Alle medesime conclusioni si deve giungere con riguardo all’affitto.

72 *Schedule 1 paragraph 7* del *Wireless Telegraphy Act 2006*. Infatti, qualora sia stato notificato un avviso, (ad esempio un avviso di revoca o di variazione per motivi di gestione dello Spettro), la licenza è trasferibile fino a quando non venga notificato un formale e definitivo avviso di variazione.

soggetta ad uno stringente controllo da più parti, da un punto di vista pubblicitario, il *Trading* italiano è sicuramente carente rispetto a quello inglese. Si rammenti infatti il dato testuale dell'art 14 *ter* cod.c.e., secondo cui è imposto al cessionario di notificare l'avvenuta operazione nei termini al Ministero; mentre al secondo comma si legge che «*il trasferimento di tali diritti è efficace previo assenso del Ministero ed è reso pubblico*».

Nonostante tali limitazioni, il regolatore italiano non ha fornito alcuna indicazione su cosa sia oggetto di pubblicazione, ma soprattutto quali dovrebbero essere le modalità di tale pubblicità.

Quanto all'oggetto della pubblicità, da una prima lettura, sembrerebbe che sia tale «*l'assenso del Ministero*». Più tuzioristica sembra invece essere la soluzione per cui oggetto di pubblicità siano prima l'assenso e poi il trasferimento, per una questione di esaustività.

Quanto alla metodologia per rendere pubblico l'assenso e il trasferimento vi è incertezza assoluta. Allo stato attuale infatti esistono solo il ROC, il registro degli operatori di comunicazione⁷³ e il Catasto Nazionale delle Radio Frequenze⁷⁴, sezione speciale del ROC, che censisce le infrastrutture di diffusione operanti sul territorio e le classifica in modo da poterne poi valutare gli effetti dal punto di vista del servizio svolto e della situazione interferenziale.

Ma né il ROC e né il Catasto delle Radio Frequenze svolgono una funzione "pubblicitaria" anche solo lontanamente paragonabile al SIS di OFCOM; né tantomeno esiste una sezione simile al TNR, che raccoglie tutti i dati circa lo *status* delle proposte di trasferimento notificate all'OFCEM.

Anche in questo caso quindi il sistema pubblicitario dello Spettro italiano non può che essere ritenuto assolutamente inadeguato, anche in considerazione poi della recente decisione Spettro Radio 2012 (n. 24/2012/UE), ex art. 9, che ha previsto l'istituzione di un Inventario degli usi esistenti dello Spettro a fini sia commerciali che pubblici, ma di cui nel nostro ordinamento non vi è traccia⁷⁵.

73 Riservata esclusivamente alle infrastrutture di diffusione operanti sul territorio nazionale, gestito dalla AGCOM, che ha consentito di completare il primo censimento degli impianti radiotelevisivi finalizzato a pianificare le operazioni di transizione al sistema di trasmissione in tecnica digitale.

74 V. *amplius*: Cosa è il Catasto Nazionale delle Frequenze (CNF)?, in <http://www.agcom.it/default.aspx?message=contenuto&dcid=670>.

75 Si rammenti che la Decisione è un atto obbligatorio e nel caso di specie i destinatari erano tutti gli Stati Membri dell'UE. Sul punto si veda l'art. 9 della Decisione 243/2012/UE, secondo cui «*tale inventario è di competenza della Commissione Europea. Gli obiettivi sono quelli di permettere l'individuazione delle bande di frequenza per le quali l'efficacia degli usi esistenti dello Spettro radio potrebbe essere migliorata; aiutare a individuare le bande di frequenza che potrebbero essere adatte alla riassegnazione e le opportunità di condivisione dello Spettro radio al fine di sostenere le politiche dell'Unione stabilite nella presente decisione, al contempo tenendo conto delle esigenze future di Spettro radio basandosi, tra l'altro, sulla domanda dei*

È quindi innegabile il fatto che in Italia non esista ancora un sistema pubblicitario che si possa anche solo lontanamente paragonare all'esperienza inglese descritta.

A questo punto è compito dell'interprete cercare di colmare tali lacune, tentando di fornire delle soluzioni che permettano di ridurre gli evidenti *gaps*.

Una prima soluzione potrebbe essere l'iscrizione nel Registro delle Imprese *ex art. 2556 c.c.*, ma solo con riferimento alla pubblicità del trasferimento del provvedimento amministrativo (*rectius* licenza) che garantisce l'utilizzo del diritto d'uso. Si dovrebbe perciò aderire alla tesi più tradizionale secondo cui il provvedimento amministrativo può essere trasferito solo mediante cessione d'azienda o ramo d'azienda, ecc. È ben vero però che in tal modo si potrebbero tutelare i terzi ed eventuali conflitti tra più acquirenti, dal momento che l'iscrizione del trasferimento nel Registro delle Imprese è idonea a risolvere i conflitti solo per beni per i quali non sussistono regole specifiche a questo riguardo⁷⁶. Tutto ciò non sembra però sufficiente, soprattutto considerata l'importanza del tema.

La soluzione più semplice potrebbe essere un'integrazione di funzione del ROC, che non dovrebbe perciò limitarsi solo a censire gli impianti esistenti, ma anche ad attestare i vari passaggi dei diritti d'uso con conseguente valore di pubblicità dichiarativa, svolgendo quindi una funzione analoga a quella del PRA, visto che sempre di diritti su beni mobili si tratta.

A tale proposito è opportuno segnalare l'iniziativa di AGCOM di affidare alla Fondazione Bordini (FUB)⁷⁷, tra l'altro, una ricerca volta a realizzare

consumatori e degli operatori e della possibilità di soddisfare tali esigenze; aiutare ad analizzare i vari tipi di uso dello Spettro radio da parte degli utenti del settore pubblico e privato; aiutare a individuare le bande di frequenza che potrebbero essere assegnate o riassegnate per garantirne un uso più efficace, promuovere l'innovazione e rafforzare la concorrenza nel mercato interno, studiare nuove modalità di con divisione dello Spettro radio, nell'interesse degli utenti del settore pubblico e del settore privato, tenendo conto dei potenziali effetti positivi e negativi dell'assegnazione o riassegnazione di tali bande e di bande adiacenti su utenti esistenti. L'introduzione di un inventario degli usi attuali dello Spettro radio, unitamente ad un'analisi delle tendenze tecnologiche, delle esigenze future e della domanda di Spettro radio, in particolare comprese tra 400 MHz e 6 GHz, dovrebbe consentire di individuare le bande di frequenza la cui efficienza potrebbe essere migliorata e opportunità di condivisione dello Spettro radio a vantaggio del settore sia commerciale sia pubblico. La metodologia per l'elaborazione e il mantenimento di un inventario degli usi esistenti dello Spettro radio dovrebbe tenere debito conto degli oneri amministrativi imposti alle amministrazioni e dovrebbe puntare a ridurre al minimo tali oneri.».

⁷⁶ V. *amplius* CIAN M., *Commento sub art. 2556*, in *Commentario breve al codice civile*⁷, a cura di Cian G. e Trabucchi, Padova, 2010; COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto Commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1979, p. 41; MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto Commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2003, p. 74 ss.

⁷⁷ La Fondazione Ugo Bordini, nata nel 1952 in seno al Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni, è un'istituzione di ricerca soggetta alla vigilanza del MiSE e riconosciuta dalla l. n. 3/2003. La l. n. 69/2009 ne ha poi definito l'identità di organismo di diritto pubblico, riconosciuta di recente anche da un parere dell'Avvocatura dello Stato. Il nuovo statuto riba-

un inventario dello Spettro al fine di acquisire il quadro oggettivo del reale utilizzo delle frequenze a livello nazionale.

Come osserva AGCOM, «L'inventario dello Spettro radio può costituire la base per la realizzazione di una piattaforma che operi da repository delle informazioni relative all'utilizzo delle frequenze. Tale piattaforma potrebbe essere opportunamente sviluppata come estensione di basi di dati già esistenti, quali il Catasto nazionale delle frequenze, ai fini dell'ampliamento delle informazioni censite, delle funzionalità implementate e delle finalità perseguite. Le modalità di popolamento delle basi di dati devono essere opportunamente individuate e potranno prevedere anche l'aggiornamento periodico da parte degli operatori di rete. I dati raccolti grazie all'inventario dello Spettro radioelettrico potranno inoltre costituire il fondamento per una successiva e più ampia valutazione dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse frequenziali»⁷⁸.

Al di là però di questa isolata iniziativa, di cui peraltro non sono ancora rinvenibili i risultati, è clamoroso che in Italia non esista ancora un idoneo sistema pubblicitario dello Spettro.

5.c. Ricapitolando...

Rispondendo all'ultimo quesito individuato, ovvero se l'attuale sistema di vigilanza italiano possa considerarsi virtuoso è chiaro che, soprattutto a seguito dalla comparazione effettuata con l'omologo inglese, non si possa che fornire una risposta negativa.

Nonostante sia possibile, per un verso, comprendere la *ratio* di fondo di alcune scelte del nostro Regolatore, nel senso che, volenti o nolenti, si sta regolamentando e commercializzando un bene pubblico di notevole importanza, (e quindi lo Stato ritiene di dover controllare detta operazione), per altro verso, la disciplina attuale non è adeguata soprattutto se la riflessione viene svolta in un'ottica concorrenziale. Come evidenziato più volte, il sistema italiano si caratterizza da una sovrabbondanza di regolamentazione

disce il carattere di terzietà e indipendenza della Fondazione, attribuendole una *governance* pubblica che le consente di esercitare una funzione di supporto e consulenza in favore delle amministrazioni pubbliche e delle autorità indipendenti. FUB è pertanto in grado di coniugare attività di ricerca nel settore ICT e servizi di interesse pubblico, con ricadute nell'ambito della tutela del cittadino. Tra le convenzioni stipulate recentemente si segnalano quelle con il MiSE e con l'AGCOM; quelle con il Ministero della Giustizia, il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, il Ministero dell'ambiente, la Protezione Civile, il CNR, nonché quelle con le imprese a rete (ENI, ENEL, TERNA, Poste Italiane) e con le maggiori Università Italiane. Molti sono, inoltre, i *partner* europei con cui la Fondazione collabora nell'ambito di iniziative promosse dall'UE. Cfr. <http://www.fub.it/content/la-fondazione-ugo-bordoni>.

78 Delibera 707/2011/Cons, in http://www.agcom.it/default.aspx?message=visualizza_documento&DocID=7796, *Allegato C alla delibera n. 707/11/CONS*.

là dove non necessario, si pensi alle continue autorizzazioni richieste in fase di *trading*, e per l'assenza di disciplina dove necessario, in tal senso va intesa l'assenza di qualsivoglia indicazione circa le forme pubblicitarie del *trading* e le metodologie negoziali utilizzabili.

In ragione di ciò si auspica in primo luogo un maggiore confronto con i sistemi utilizzati da altri paesi Europei, in *primis* la GB, da cui trarre spunti propositivi.

In secondo luogo, sarebbe opportuna una profonda e repentina revisione sia rispetto all'attuale assetto di vigilanza e gestione dello Spettro attribuito al nostro paese, sia rispetto agli organismi preposti al controllo del settore, al fine di concentrare il più possibile in un unico organismo para-statale, (AGCOM) il potere di controllo e gestione, evitando continue ed inutili sovrapposizioni di competenze.

Ed ancora, si ritiene imprescindibile da un lato una radicale semplificazione del *trading ex art. 14 ter* cod.c.e., caratterizzato ora dalla presenza di innumerevoli autorizzazioni preliminari e controlli sovrabbondanti, e dall'altro l'istituzione di sistemi pubblicitari, ora inesistenti, ma assolutamente necessari.

Da un punto di vista pratico, perciò, sembrerebbe auspicabile mutuare dall'esperienza inglese l'idea di istituire Registri *ad hoc*, che garantiscano una pubblicità di tutti i diritti d'uso esistenti, nonché dell'esecuzione dei *trades*, il tutto in un'ottica di maggiore trasparenza anche in favore degli *stakeholders*; nonché la predisposizione di linee guida pratiche che possano essere di veloce comprensione per i potenziali cedenti/cessionari.

