

Il riconoscimento dell'autorità accessoria della FCC da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti: convergenza con l'applicazione della teoria dei poteri impliciti nel diritto brasiliano

Davidde Elio

Università di Padova, Italia

E-mail: elio1@gmail.com

Riepilogo

Questo rapporto mette a confronto gli istituti di autorità accessorie e poteri impliciti nello sviluppo della teoria sulle competenze amministrative delle agenzie di regolamentazione brasiliane. La definizione della giurisdizione accessoria della FCC è stata descritta sulla base delle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte d'Appello del Distretto di Columbia. Sono state presentate lezioni dottrinali e dichiarazioni dei Ministri della Corte Suprema Federale brasiliana sul riconoscimento dei poteri impliciti al necessario adempimento dei doveri legali. Risultati – È stata dimostrata la confluenza di questi due filoni teorici per il riconoscimento di competenze non direttamente espresse dalle agenzie di regolamentazione. L'opera contribuisce al riconoscimento delle competenze dell'agenzia di regolamentazione delle telecomunicazioni brasiliana che, sebbene non espressamente previste, emergono come un imperativo per l'adempimento delle responsabilità direttamente attribuite dalla legge a tale autarchia. L'articolo presenta un istituto giuridico attuale di tradizione nordamericana la cui applicazione all'area delle telecomunicazioni brasiliana non è ancora risolta, nonostante la sua compatibilità con concetti già accettati nel diritto brasiliano.

Parole chiave: regolamento; autorità accessoria; poteri impliciti; Brasile; STATI UNITI D'AMERICA.



A. INTRODUZIONE

In ambiti sempre in trasformazione a causa di rapidi mutamenti tecnologici e di mercato, come quello delle telecomunicazioni, possono sorgere interrogativi sui poteri degli organismi regolatori in nuovi settori e attività non espressamente previste dalle precedenti regole per la costituzione e l'attribuzione di tali soggetti. Esistono precedenti della Corte Suprema degli Stati Uniti che hanno riconosciuto alla Federal Communications Commission – FCC la competenza a regolamentare settori e attività non direttamente ed espressamente menzionati nella sua legge di creazione e disciplina dei suoi poteri e prestazioni: il Communications Act del 1934. Tale attribuzione è stata riconosciuta come mezzo necessario ed accessorio all'espletamento delle responsabilità attribuite alla Commissione dal medesimo diploma. La nozione di competenza, il cui esercizio richiede il riconoscimento dei poteri implicitamente richiesti per l'esercizio delle

funzioni amministrative, trova risonanza nel diritto brasiliano . Questo articolo affronta precisamente la questione della somiglianza tra gli istituti di autorità ancillari sviluppati nel diritto nordamericano, e i poteri impliciti presenti nella letteratura giuridica brasiliana, consapevole dell'attuale affermazione dottrinale negli studi di diritto costituzionale brasiliano, che correlano la dottrina dei poteri impliciti a la dottrina dei poteri inerenti alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America.

Il Communications Act del 1934 ha preceduto l'avvento del CATV e della televisione via cavo. Pertanto, come era prevedibile, tale atto non conteneva in origine regole espresse per la regolamentazione di tale mezzo di telecomunicazione.⁴ Tale situazione permaneva all'epoca delle cause qui presentate, come denotano le manifestazioni dei relatori ⁵ per le rispettive sentenze . I sistemi CATV ricevevano segnali dai televisori e li amplificavano per la ritrasmissione via cavo o microonde. Questi sistemi CATV non remuneravano i produttori o distributori di programmi televisivi aperti e, in generale, addebitavano ai loro clienti un corrispettivo. All'inizio e in generale, la CATV non produceva una propria programmazione. I sistemi CATV furono inizialmente istituiti non commercialmente nel 1949. Tuttavia, il primo sistema commerciale fu istituito nel 1950. Da allora, il settore ha registrato una crescita esplosiva. Alla fine degli anni '50 c'erano 550 sistemi che servivano 2 milioni di persone. Nel 1965 c'erano 1.857 sistemi operativi, più 758 già licenziati e 938 richieste di licenza. Inoltre, nel 1959, solo 50 sistemi funzionavano a microonde e i loro segnali raggiungevano un massimo di 300 miglia. Nel 1964 ce n'erano 250 che utilizzavano le microonde e i segnali superavano le 665 miglia. I sistemi CATV svolgevano una o entrambe le seguenti funzioni: a) fornivano la ricezione dei segnali televisivi diffusi in luoghi ove ciò non fosse altrimenti possibile; b) segnali trasmessi da stazioni lontane alle antenne locali. Con l'aumento del numero e della portata dei sistemi CATV, la funzione principale è diventata l'importazione di segnali da stazioni lontane. Pertanto, sebbene originariamente fungessero da ausiliari della distribuzione locale per aree isolate e terreni avversi alla ricezione di segnali aperti, i sistemi CATV si sono diffusi nelle aree metropolitane. Erano quindi vicini a diventare un nuovo sistema di comunicazione nazionale in cui i segnali televisivi potevano essere trasmessi alle aree metropolitane del paese. La volontà della FCC di regolamentare i CATV è cambiata negli anni di espansione del servizio. Nel 1959 la FCC capì che le CATV non sarebbero state emittenti (emittenti radiotelevisive), come la televisione aperta, né detentrici di infrastrutture essenziali (vettori comuni), pertanto non rientravano tra le attività allora espressamente disciplinate nel Communications Act del 1934 e soggette al suo regolamento. Ha inoltre ritenuto che, nonostante i presunti impatti dei CATV sulla televisione in chiaro, non sarebbe possibile specificarne in anticipo gli effetti. Ha quindi suggerito che la questione fosse disciplinata dal Congresso, cosa che non è avvenuta nonostante un tentativo di modificare il Communications Act del 1934.

Nel 1962, rivalutando l'importanza dei CATV in termini di poteri di regolamentazione, la FCC ha ammesso che la probabilità di effetti negativi della concorrenza con i CATV sul pubblico e sui ricavi delle trasmissioni televisive locali era diventata sostanziale e non poteva più essere ignorata. L'agenzia ha quindi imposto due regole: a) i CATV dovrebbero ritrasmettere i segnali da tutte le stazioni ubicate nelle aree a cui hanno trasmesso (regola del trasporto); b) i CATV non potevano duplicare la programmazione di queste emittenti televisive locali nel periodo di 15 giorni prima e dopo la trasmissione locale (regola di non duplicazione). A seguito di udienze

tenutesi nel 1965 e dopo aver ritenuto che il Communications Act del 1934 gli conferisse autorità di regolamentazione su tutte le forme di CATV, sia a microonde che via cavo, la FCC proibì ai CATV di trasportare segnali da stazioni lontane ai 100 mercati più grandi della televisione aperta. Saranno fatte eccezioni per i servizi già operativi prima del 15/2/1966 o quando la FCC ritenesse che la trasmissione sarebbe coerente con l'interesse pubblico, in particolare con l'istituzione e il mantenimento del servizio televisivo in chiaro nell'area da servire da un CATV. All'epoca, la FCC ha creato procedure sommarie per l'applicazione di queste regole.

B. METODO

Poco dopo l'entrata in vigore della regola di restrizione del segnale CATV a lunga distanza per i principali mercati televisivi, la Midwest Television ha rappresentato la FCC contro la Southwestern Cable Co. di segnaletica da Los Angeles a San Diego. Poiché San Diego, all'epoca, era il 54° mercato televisivo degli Stati Uniti, la FCC, comprendendo che non ci sarebbe stato modo di riconoscere l'interesse pubblico per giustificare l'importazione in questione di segnali, ha limitato la possibilità di trasmissione CATV da parte della Southwestern Cable Co. in aree in cui ha già operato questo servizio fino al 15/02/1966, il che escluderebbe l'area di San Diego. Portando il caso alla 9th Circuit Court of Appeals, ha ritenuto che, ai sensi del Communications Act del 1934, la FCC non avesse l'autorità per attuare tale restrizione. Il punto da evidenziare, ai fini del presente lavoro, risiede nell'analisi e nelle risposte della Corte Suprema alla domanda se, ai sensi del Communications Act del 1934, la FCC avesse giurisdizione a regolamentare i servizi CATV. Pertanto, sostenendo che le caratteristiche dei CATV, come riconosciute dalla FCC nel 1959, non rientravano esattamente nelle categorie di vettori o emittenti comuni, allora espressamente menzionate nel Communications Act del 1934 come soggetti a regolamentazione FCC, non sarebbero coperti da questo statuto e quindi non potrebbero essere regolati dalla FCC. La Corte Suprema, tuttavia, ha ricordato che la competenza della FCC a regolamentare i servizi di radiodiffusione e altre forme di telecomunicazioni derivava dal Communications Act del 1934, che, come espressamente previsto, dovrebbe applicarsi a tutte le telecomunicazioni interstatali e internazionali. Ha inoltre osservato che le responsabilità che il diploma assegnato alla FCC non sarebbe più ristretto del campo di applicazione delle sue regole, poiché la Commissione sarebbe responsabile di lavorare per rendere le telecomunicazioni veloci, efficienti e su scala nazionale accessibili a tutte le persone di negli Stati Uniti e nel mondo.

La Suprema Corte ha poi evidenziato che nulla nel testo o nella storia dell'elaborazione del Communications Act del 1934 limitava la competenza della FCC a quelle attività e modalità di telecomunicazione ivi specificatamente descritte e, inoltre, i sistemi CATV sarebbero inglobati in le definizioni generali di telecomunicazioni via cavo o di radiodiffusione ivi stabilite. Per la Corte Suprema, come espresso nel messaggio del presidente Roosevelt che ha trasmesso la proposta di legge e nei rapporti dei comitati che l'hanno analizzata al Congresso, con l'edizione del Communications Act del 1934, si è cercato di dare alla FCC un quadro unificato e completo autorità su tutte le forme di telecomunicazione, in modo da mantenere gli aspetti dinamici delle telecomunicazioni sotto un adeguato controllo amministrativo. Quindi, mentre la rapida crescita dei sistemi CATV non poteva essere prevista in quel momento, il Communications Act del 1934

ha concesso ai processi normativi una flessibilità sufficiente per adattarsi alla rapida evoluzione del settore. La Corte Suprema ha inoltre ritenuto che, al fine di adempiere alle responsabilità della Commissione in merito all'equa distribuzione dei servizi di radiodiffusione, ai sensi del Communications Act del 1934, e al suo ruolo nello sviluppo e nella conservazione dei sistemi di radiodiffusione locali, sarebbe indispensabile riconoscere la FCC autorità di regolamentazione sui CATV, poiché l'importazione di segnali televisivi lontani potrebbe scoraggiare l'attività di trasmissione locale. La Corte Suprema ha concluso che l'autorità della FCC su tutte le telecomunicazioni via cavo o radio interstatali, conferita ai sensi del Communications Act del 1934, le consentiva di regolamentare i sistemi CATV, ma ha sottolineato che tale autorità dovrebbe essere limitata a ciò che è ragionevolmente accessorio all'adempimento effettivo del responsabilità della Commissione di regolamentare la radiodiffusione. Questo caso riguardava anche la competenza della FCC a regolamentare i servizi CATV (Community Antenna Television) e ha seguito la guida del caso summenzionato, Stati Uniti c. Southwestern Cable Co., 1968, quando la Corte Suprema ha riconosciuto una competenza normativa della FCC su tali servizi, a condizione che fosse limitata a ragioni ragionevolmente accessorie all'adempimento dei suoi doveri legali.

All'epoca della presente sentenza si faceva menzione della continua crescita del numero dei sistemi CATV, che ammontavano già a 2.678 in esercizio, 1.916 licenziati anche se non operativi e 2.804 richieste di licenza. È stato inoltre evidenziato che l'evoluzione dei sistemi via cavo, che già disponevano della capacità di più canali, consentirebbe di offrire nuovi e diversificati servizi, quali fax, posta elettronica e trasmissione dati (riproduzione di facsimile di documenti, recapito di posta elettronica, recupero delle informazioni). Si è poi rilevato che, per questi motivi, la FCC, sempre nel 1972, ma dopo l'edizione della norma valutata in questo caso, aveva adottato il termine televisione via cavo al posto di CATV. Questa volta, la norma in questione, oltre a rafforzare l'obbligo per i CATV di operare nella trasmissione della distribuzione di contenuti locali, mirava a spingere tali CATV ad agire anche come produttori di nuovi programmi, in quanto dovevano essere attrezzati per la creazione di nuovi programmi (regola di origine del programma). Poco dopo gli Stati Uniti v. Southwestern Cable Co., 1968, la FCC ha avviato un procedimento per esplorare alternative su come i CATV potrebbero servire meglio il pubblico, specialmente in termini di agire come veicoli per l'autoespressione della comunità attraverso la produzione di programmi locali. Al termine del processo, la Commissione, il 24.10.1969, ha emanato una norma, applicabile ai CATV con 3.500 o più abbonati, che li obbligava ad operare come distributori di contenuti locali e ad avere attrezzature per la produzione di programmi locali, sotto dispiace per non essere in grado di trasmettere segnali televisivi in onda. Per la FCC, tale norma sarebbe in linea con lo scopo primario della sua creazione, ai sensi del Communications Act del 1934, di rendere accessibili a tutto il popolo americano i servizi di comunicazione via radio o via cavo, oltre ad assolvere ad altri obiettivi previsti anche dal citato statuto, per favorire un uso più efficace della radio nell'interesse pubblico e per promuovere l'equa distribuzione dei servizi televisivi tra i vari Stati e comunità. Su provocazione della Midwest Video Corp., la Corte d'Appello dell'Ottavo Circuito ha ribaltato la norma, ritenendo che la FCC non avesse la competenza per farla rispettare, in quanto le disposizioni sarebbero ben oltre la soglia data dal criterio di ciò che sarebbe ragionevolmente accessorio le responsabilità e gli obiettivi della creazione della Commissione. Come già notato, con l'espansione dei potenziali

usi dei servizi degli allora noti CATV, la FCC iniziò ad adottare il termine più completo televisione via cavo per riferirsi a questa attività che già si presentava come una nuova industria delle telecomunicazioni. Nel maggio 1976, la FCC ha emesso una norma che impone ai sistemi di televisione via cavo con più di 3.500 abbonati e che trasmette segnali dalla televisione aperta per avere una capacità di almeno 20 canali e di dedicare da uno a quattro di questi canali per l'accesso di terzi. , in particolare, da enti pubblici, istituzioni educative, enti locali o fornitori di accesso (utenti pubblici, educativi, governativi locali e ad accesso riservato), oltre a disporre di tutte le attrezzature necessarie a tale scopo. In base a queste regole, la televisione via cavo non avrebbe scelta su chi utilizzerebbe i canali di accesso o avrebbe il controllo su ciò che sarebbe stato trasmesso su di essi. Sono stati inoltre disciplinati gli importi addebitabili per l'utilizzo di questi canali di accesso e le strutture e le apparecchiature degli operatori di televisione via cavo. La FCC ha capito che queste regole avrebbero imposto un onere inferiore rispetto alla regola di generare una propria programmazione per realizzare gli scopi legali per i quali è stata creata la Commissione, compresi quelli sanciti nel caso *United States v. Midwest Video Corp.*, 1972, per aumentare il numero di veicoli per l'espressione personale per le comunità locali, nonché programmi e tipi di servizi tra cui il pubblico può scegliere.

Per la Commissione, la fornitura di canali di accesso rappresenterebbe un bene sociale e le regole in tal senso erano guidate da obiettivi che essa doveva perseguire nell'attività di regolazione della radiodiffusione, analoghi a quelli riconosciuti dalla Corte Suprema nel precedente *Stati Uniti c. Southwestern Cable Co.*, 1968, e *Stati Uniti c. Midwest Video Corp.*, 1972. *Midwest Video Corp.* ha sostenuto che i requisiti per i canali di accesso dedicati agli utenti specificati dalla FCC e senza che gli operatori televisivi via cavo possano selezionare tali utenti o controllare la programmazione da loro trasmessa implicano un notevole grado di sottrazione di autonomia editoriale e l'imposizione di obblighi tipicamente contrari titolari di infrastrutture essenziali (common carrier), il che sarebbe contrario all'espressa esclusione delle emittenti dalla definizione di titolari di infrastrutture essenziali (common carrier) data dal *Communications Act del 1934*. Per questi motivi, la società ha affermato che le norme in questione di accesso costituissero un'ingerenza nelle operazioni televisive via cavo qualitativamente diversa da quelle regole riconosciute valide negli *Stati Uniti c. Southwestern Cable Co.*, 1968, e *Stati Uniti c. Midwest Video Corp.*, 1972. Per la Commissione, in quanto le regole relative al raggiungimento, in termini ragionevoli, degli obiettivi per i quali era fissata la sua autorità, non potevano considerarsi esorbitanti della sua competenza solo perché identificate con il natura delle norme relative alla regolamentazione dei vettori comuni. Per la FCC, il fattore decisivo è stato che le regole adottate promuovessero i suoi obiettivi legali. Quanto ai valori del Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti¹⁶, per la FCC, in merito alla regolamentazione della radiodiffusione e delle attività connesse, sarebbero onorati dai provvedimenti che hanno favorito la circolazione delle idee. La Corte d'Appello dell'Ottavo Circuito ha invalidato le regole di accesso, capienza e strutture in questione, ritenendole un affronto all'espresso comando di legge, vietando l'estensione all'attività connessa a quella delle emittenti quali, nella specie, il cavo televisione, di trattamento proprio dei comuni portatori. Detto questo, la Corte ha concluso che le regole discusse in *Stati Uniti c. Midwest Video Corp.* 1979, non sarebbe ragionevolmente accessoria alla competenza della FCC a regolamentare l'attività di radiodiffusione. Per la Corte d'Appello, tali norme costituivano anche reati gravi al Primo Emendamento.

Nella fattispecie, la decisione maggioritaria¹⁷ della Suprema Corte è stata quella di riaffermare la decisione della Corte d'Appello, rilevando che la cosiddetta potestà accessoria non sarebbe illimitata e non poteva prescindere dalle disposizioni del Communications Act del 1934 che tutelava la libertà editoriale delle emittenti e, per estensione, anche degli operatori della televisione via cavo. La Corte Suprema ha accolto l'argomentazione della Midwest Video Corp. che le regole per l'accesso ai canali via cavo estrapolavano l'ambito di competenza della FCC riconosciuto in precedenti sentenze sull'attività dei CATV. Per la Suprema Corte, a differenza di tali altre norme, le regole di accesso hanno comportato un'elusione del controllo degli operatori televisivi via cavo sui contenuti di programmazione da trasmettere, relegandoli, in queste situazioni, allo status di vettori comuni. La Suprema Corte ha evidenziato che, nel Communications Act del 1934, c'era un testo che stabiliva, inequivocabilmente, che le emittenti non dovrebbero essere trattate come vettori comuni, il che sarebbe coerente con le finalità del medesimo statuto, come riconosciuto in una precedente causa, *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Comitato Nazionale Democratico*¹⁸, per preservare il controllo editoriale sulla programmazione senza interferenze FCC per l'emittente autorizzata. Secondo la decisione della Suprema Corte, tale tutela della libertà giornalistica non si applicherebbe solo alle emittenti televisive e non verrebbe meno in forza dall'innovazione tecnologica apportata dalla televisione via cavo, che, come la televisione in chiaro, avrebbe dovuto preservare la discrezionalità quanto alla programmazione che andrebbe in onda. Denominata televisione digitale e identificata con l'acronimo DTV, la televisione digitale ha rappresentato una significativa evoluzione tecnologica consentendo la trasmissione di più informazioni da un canale dello spettro elettromagnetico di quanto sarebbe possibile dalla televisione analogica. In questo modo è stato possibile trasmettere segnali video di altissima qualità, noti come televisione ad alta definizione, o più e simultanei contenuti video, voce e dati nella stessa banda di frequenza tradizionalmente utilizzata per un'unica trasmissione dalla televisione analogica. Secondo le regole della FCC e del Congresso, le trasmissioni analogiche dovrebbero essere completamente sospese entro la fine del 2006. Al fine di impedire la copia e la redistribuzione non autorizzate della programmazione trasmessa sulla televisione digitale, la FCC, nel novembre 2003, ha emesso una norma che impone che tutta la televisione digitale i ricevitori di segnale, prodotti a partire da luglio 2005, riconoscono un codice incorporato nella trasmissione e ciò impedirebbe la redistribuzione del contenuto. Il codice è stato chiamato flag di trasmissione, quindi questi standard sono stati denominati regolamenti di bandiera di trasmissione o regole di bandiera di trasmissione o ordine di bandiera. Il codice flag di trasmissione è progettato per influenzare i ricevitori solo dopo che tutta la trasmissione è stata completata.

C. RISULTATO E DISCUSSIONE

Comprendendo che la tecnologia della televisione digitale poneva il rischio di una massiccia redistribuzione non autorizzata dei segnali delle emittenti e quindi dissuadendole dal

produrre contenuti di alto valore, la FCC ha modificato il Flag Order sulla base del fatto che era necessario preservare la redditività economica della televisione aperta (oltre -televisione in onda) e non pregiudicherebbe la fruizione da parte dei consumatori dei servizi di queste società. Nel giustificare l'adozione di regolamenti sulle bandiere di trasmissione, la FCC non ha fatto riferimento ad alcuna disposizione espressa e ha basato la sua competenza a modificare le regole sulle bandiere di trasmissione solo sulla sua competenza accessoria derivante dal titolo I del Communications Act del 1934. La Commissione, a maggioranza²¹, ha inteso che le regole sarebbero ragionevolmente accessorie alla sua competenza per garantire la diversità dei contenuti nella programmazione televisiva e per promuovere il passaggio dalla trasmissione analogica a quella digitale. In giudizio, la Commissione ha ricordato di avere la facoltà di emanare norme che darebbero attuazione ai suoi obiettivi giuridici, anche in assenza di una previsione espressa sulla specifica materia regolamentata. In tal senso, la FCC ha sostenuto la sua difesa solo sulle disposizioni del Titolo I del Communications Act del 1934 che le conferiva autorità su tutte le comunicazioni via radio o filo e che includevano nella definizione di comunicazione radio non solo la trasmissione di segnali, ma anche tutti gli strumenti, le apparecchiature e gli apparati relativi all'intero ciclo di emissione e ricezione dei segnali, compresi i ricevitori televisivi digitali. L'American Library Association ha affermato che le regole della bandiera di trasmissione non riguardavano le trasmissioni interstatali come definito nel titolo I del Communications Act del 1934 poiché il codice stesso (la bandiera) non era richiesto per la trasmissione e il modo in cui veniva trasmesso non lo era modificato darebbe la ricezione e non avrebbe alcun effetto fino al completamento di tutto il trasferimento dei segnali digitali. La decisione della FCC è stata impugnata in quanto: 1) la FCC non era competente ad imporre che i dispositivi di ricezione fossero fabbricati con un dispositivo per il riconoscimento della bandiera di trasmissione; 2) le norme sarebbero in contrasto con le norme del diritto della proprietà intellettuale; e 3) la misura sarebbe stata arbitraria. È stato inoltre affermato che l'autorità accessoria non sarebbe illimitata e che la FCC non potrebbe disciplinare un'attività che non caratterizzerebbe le comunicazioni radio o via cavo interstatali e, inoltre, che le norme impugate non riguardavano la trasmissione di segnali digitali ma utilizzo del contenuto trasmesso dopo che la sua ricezione è stata completata. Pertanto, con queste argomentazioni, si è sostenuto che la FCC aveva superato i limiti dei suoi poteri espressi o accessori. Ricordando l'assioma che le agenzie di regolamentazione (agenzie amministrative) possono disciplinare solo materie nell'ambito delle competenze loro delegate dal Congresso, la Corte d'Appello ha richiamato altre sentenze della Corte Suprema che hanno sancito l'intesa secondo cui le agenzie possono agire solo sulla base di competenze espresse su , o nell'esercizio ragionevole dei poteri, accessori ai suoi obiettivi giuridici. Tuttavia, la Corte d'Appello ha evidenziato che, secondo le sentenze della Suprema Corte descritte in questo lavoro, il legittimo esercizio dell'autorità accessoria richiedeva che l'atto normativo che su di essa si fondava rispondesse a due condizioni: la materia regolata doveva rientrare nella competenze e obiettivi generali stabiliti nel Titolo I della legge sulle comunicazioni del 1934; e il contenuto delle regole dovrebbe essere ragionevolmente accessorio all'efficace adempimento delle esplicite responsabilità legali della FCC. Per la Corte d'Appello, le competenze e gli obiettivi generali della FCC definiti nel Titolo I del Communications Act del 1934 arriverebbero alla disciplina dei dispositivi di ricezione del segnale televisivo, ma solo per quanto riguarda la funzione di questi dispositivi nel processo di ricezione stesso. Rilevando che, nella definizione di

radiocomunicazione, tale statuto si riferirebbe solo a strumenti, apparecchiature e apparati accessori alla trasmissione, la Corte d'Appello ha affermato che la FCC non poteva pronunciarsi sul funzionamento di tali apparati una volta completata la trasmissione. Ha inoltre affermato che il provvedimento adottato dalla FCC avrebbe superato la portata dell'autorità ad essa delegata dal Congresso e, pertanto, non avrebbe soddisfatto la prima condizione per l'esercizio dell'autorità accessoria, poiché l'Ordine di Bandiera non riguardava specificamente i servizi di comunicazione via radio o via cavo.

La Corte d'Appello ha sottolineato che la sua interpretazione era supportata anche dal contenuto e dalla procedura di altri statuti sulle telecomunicazioni, dal Channel Receiver Act del 1962 e dal Communications Amendments Act del 1982, con i quali era chiaro che il Congresso non ha mai conferito alla FCC il potere di disciplinare l'uso da parte del consumatore di apparecchi riceventi televisivi dopo che è terminata la trasmissione dei segnali da parte delle emittenti. Infine, concordando con le argomentazioni dell'American Library Association secondo cui la FCC aveva superato i limiti dei suoi poteri, la Corte d'Appello ha ribaltato le regole della bandiera di trasmissione. In questo caso, si trattava di decidere se la FCC avesse o meno autorità sulle pratiche di gestione della rete da parte dei fornitori di servizi Internet via cavo. In particolare, è stata curata la competenza della Commissione a disciplinare l'interferenza del provider nell'uso della rete da parte dei consumatori nel traffico di informazioni peer-to-peer²⁴, che occupa grandi quantità di larghezza di banda. Nel 2005, la FCC ha pubblicato le sue politiche e principi su Internet in un documento noto come Internet Policy Statement della FCC, in cui affermava il diritto dei consumatori di scegliere il contenuto a cui accedono, nonché di eseguire applicazioni e usufruire dei servizi disponibili su la rete (i consumatori hanno il diritto di accedere ai contenuti Internet leciti di loro scelta). Nel 2007, è stato scoperto che Comcast interferiva con l'uso da parte dei suoi abbonati del servizio Internet ad alta velocità per applicazioni progettate per lo scambio di informazioni peer-to-peer. Le associazioni di difesa hanno presentato una denuncia formale alla FCC contro la pratica di Comcast. In risposta, la società ha affermato che la sua interferenza nell'uso dei programmi peer-to-peer era necessaria per gestire la capacità limitata della rete. Al termine del processo amministrativo, nel 2008, la FCC si è manifestata attraverso una dichiarazione che Comcast aveva violato la sua Internet Policy Statement, in quanto: 1) aveva ostacolato in modo significativo la capacità dei consumatori di accedere ai contenuti e utilizzare la propria scelta; e 2) aveva molte altre opzioni a sua disposizione per gestire il traffico di rete in modo peer-to-peer non discriminatorio. In aggiunta a questa dichiarazione, la FCC, alla luce dell'impegno di Comcast ad adottare nuove modalità di gestione della domanda di banda larga, ha stabilito che l'azienda dovesse presentare in dettaglio le misure che adotterebbe al riguardo. La Commissione ha anche sollevato la possibilità di punizione se Comcast non ha adempiuto al proprio impegno o non ha rispettato i requisiti per fornire informazioni. Comcast ha impugnato questa ordinanza FCC presso la Corte d'Appello del Distretto di Columbia sulla base, tra le altre ragioni, che la Commissione non ha dimostrato la propria competenza a disciplinare le pratiche di gestione della rete. Le argomentazioni sulla competenza della FCC, tra quelle portate in giudizio, sono state considerate dalla Corte d'Appello come quelle determinanti per la delineazione del caso e in esse risiede anche l'interesse per questo lavoro. Infine, la FCC ha sostenuto che potrebbe agire per dare attuazione a qualsiasi disposizione del Communications Act del 1934 che stabilisca la volontà legislativa e che la Corte Suprema avrebbe riconosciuto la

responsabilità e, di conseguenza, la sua competenza accessoria per attuare i vari scopi, obiettivi e politiche perseguite dal Congresso ed espresse nel Communications Act del 1934. Comcast, in via preliminare, si qualificò come ottenere dictum, non parte del giudizio di merito della causa, l'eccezionale manifestazione della Corte Suprema nel caso Brand X. , all'epoca, si limitava a decidere sulla legittimità del quadro fornito dalla FCC ai fornitori di accesso a Internet via cavo come servizi di informazione, senza affermare che la sua autorità accessoria conferisca legittimità a qualsiasi norma che modifichi in questo campo. Comcast ha ammesso che poiché i suoi servizi Internet potrebbero essere considerati comunicazioni cablate e quindi rientrano nelle disposizioni generali del Communications Act del 1934, la prima condizione per l'esercizio dell'autorità accessoria della FCC sarebbe stata soddisfatta. Tuttavia, ha affermato che la Commissione non aveva dimostrato che l'ordinanza impugnata soddisfaceva il secondo requisito. Per Comcast, gli espedienti citati dalla FCC per giustificare il proprio operato sarebbero dichiarazioni di policy e, oltre a non essere norme di concreta efficacia (disposizioni operative), non aumenterebbero né conferirebbero poteri all'ente, non costituendo quindi responsabilità espresse (responsabilità per legge). Nella sua risposta, la FCC ha anche aggiunto altre disposizioni che, a suo avviso, non sarebbero dichiarazioni politiche ma testi che delegano espressamente l'autorità e integrerebbero i motivi della sua competenza per regolamentare le pratiche di gestione della rete da parte dei fornitori di accesso a Internet via cavo.

La prima di queste disposizioni, presente nel Telecommunications Act del 1996, stabilisce che la Commissione deve incoraggiare lo sviluppo, su base ragionevole e tempestiva, di mezzi avanzati di telecomunicazione per tutti gli americani, utilizzando la regolamentazione del tetto dei prezzi o sospendendo l'applicabilità di determinate regole o altri metodi di regolamentazione che rimuovono gli ostacoli agli investimenti infrastrutturali. La Commissione ha anche affermato che esiste sussidiarietà tra la regolamentazione delle pratiche di gestione della rete e la disposizione nel titolo II del Communications Act del 1934 secondo cui i prezzi praticati dai vettori comuni devono essere equi e ragionevoli. La Commissione ha aggiunto che le pratiche di Comcast hanno interrotto alcuni servizi Voice over Internet Protocol (VoIP) e ciò ha minato l'effetto di questi servizi sui prezzi di telefonia tradizionale, soggetti ai termini del . La FCC ha anche affermato che la trasmissione di video su Internet influisce sull'industria radiotelevisiva, con influenze sulla generazione della programmazione locale, sulla diversità di opinioni e sull'attrattiva di portare i segnali a determinati mercati. In tale contesto, il vostro ordine a Comcast sarebbe accessorio rispetto alla vostra autorità di disciplinare i servizi di radiodiffusione previsti. Infine, la FCC ha affermato che l'ingiunzione a Comcast era connessa alla sua competenza a garantire prezzi ragionevoli per i servizi di televisione via cavo, poiché, in assenza di ostacoli all'accesso ai video su Internet, il consumatore troverebbe un'alternativa al servizio di video-on-demand offerto dalla televisione via cavo, che eserciterebbe una pressione al ribasso sui prezzi dei cavi.

D. CONCLUSIONE

In sintesi, il confronto tra gli istituti di competenza accessoria e i poteri impliciti delinea lo sviluppo di una teoria che possa consentire il riconoscimento di competenze amministrative

delle agenzie di regolamentazione brasiliane che, sebbene non espressamente previste, emergono come un imperativo per l'adempimento di responsabilità per legge, secondo i contorni definiti nella stessa normativa di governo. Si tratta, quindi, della corretta traduzione degli istituti giuridici per l'arricchimento argomentativo della tradizione amministrativa di nesso funzionale di competenze ai fini di una dovuta spiegazione interpretativa dei limiti dei poteri non espressamente enunciati negli atti normativi che autorizzano l'azione regolatoria in generale, e il settore delle telecomunicazioni in particolare.

RIFERIMENTI

1. American Library Association contro FCC 403 F. 3d 689 (2005). Comcast Corporation contro Commissione federale per le comunicazioni 600 F. 3d 642 (2010).
2. Commissione federale per le comunicazioni contro Midwest Video Corp. 440 US 589 (1979).
3. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Mandado de Segurança nº 26.547, j. 6/6/2007, Dje de 25/09/2009.
4. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Recurso Straordinario nº 603.583, j. 26/10/2011, Dje de 25/05/2012.
5. Stati Uniti contro Southwestern Cable Co. 392 US 157 (1968).
6. Stati Uniti contro Midwest Video Corp. 406 US 649 (1972).