

media LAWS

Rivista di diritto dei media
1/2019

Country of origin* e principio di territorialità

Roberto Mastroianni

Abstract

Il mercato unico dei servizi audiovisivi poggia sul pilastro della libera circolazione delle trasmissioni televisive insieme alla possibilità per gli Stati membri di adottare misure restrittive per tutelare esigenze imperative legate all'interesse generale, in un delicato equilibrio tra libertà economiche, libertà di informazione, tutela del pluralismo, tutela dei minori. L'articolo esamina i punti salienti della riforma della Direttiva SMAV, in particolare alla luce del principio dell'*home country control* e con riferimento al campo di applicazione territoriale.

The single market for audiovisual services is founded on the free circulation of television services together with the possibility for Member States to adopt restrictive measures to satisfy mandatory requirements linked to the general interest, based on a subtle balance between economic freedoms, freedom of information, media pluralism and minors protection. The article analyses the key points of the AVMS Directive's reform, specifically in the light of the *home country control* principle and with regard to the scope of application of the Directive itself.

Sommario

1. Introduzione. – 2. La Direttiva SMAV ed i suoi pilastri fondamentali. – 3. Il principio dell'*home country control* nel nuovo testo della direttiva. – 4. La giurisdizione esclusiva del Paese di origine del servizio di media audiovisivo. – 5. Mutuo riconoscimento e poteri residui dello Stato di ricezione: il doppio controllo in caso di violazione di alcune regole oggetto di armonizzazione. – 5.1 *Segue*: l'adozione di regole più severe o dettagliate e la loro applicazione a fornitori stabiliti in altri Paesi membri

Keywords

Servizi di media audiovisivi, Direttiva SMAV, Audiovisivo, Country of origin, Paese d'origine

1. Introduzione

La direttiva “televisioni senza frontiere” (oggi direttiva sui servizi di media audiovisivi, nel prosieguo “SMAV”), sin dal suo testo originario del 1989¹, ha inteso facilitare la

¹ Direttiva 89/552/CEE, da ultimo rifusa nella direttiva 2010/13/UE. Per la genesi della direttiva e le successive revisioni cfr. R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2011. V. anche I. Katsirea, *The Television Without Frontiers Directive* in K. Donders – C. Pauwels – J. Loisen, *The Palgrave Handbook of European Media Law*, Basingstoke, 2014, 197 ss. Sulla precedente revisione del 2007 cfr. M. Burri-Nenova, *The new Audiovisual Media Services Directive: Television Without Frontiers, Television Without Cultural Diversity*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1689 ss.

*L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo.

creazione di un mercato unico dei servizi audiovisivi e quindi la loro diffusione transfrontaliera, non pienamente garantita dalle regole del diritto primario dell'Unione europea in presenza di differenze significative tra le legislazioni degli Stati membri.

È noto infatti che, interpretando gli artt. 49 ss. del TFUE, la Corte di giustizia, pur qualificando le trasmissioni televisive come “servizi”² e quindi confermando come regola generale la loro libera circolazione nel mercato unico, ha riconosciuto agli Stati membri la facoltà di adottare misure restrittive, se non discriminatorie tra servizi interni e transfrontalieri e finalizzate alla tutela di esigenze imperative legate all'interesse generale. Tra dette esigenze imperative ha incluso, tra l'altro, la tutela di obiettivi culturali quali la diversità linguistica, il pluralismo dei media e l'equa ripartizione delle risorse, la tutela dei minori e dei consumatori, con il *caveat* tuttavia che le misure in questione siano idonee e proporzionate allo scopo³.

La direttiva provvede quindi ad eliminare o ridurre le differenze tra le legislazioni nazionali in materia di disciplina delle attività televisive; ha individuato un *level playing field* comune per gli operatori europei in alcuni settori di particolare rilevanza e sensibilità quali la protezione dei minori, la pubblicità commerciale, la tutela delle produzioni audiovisive europee, il diritto di rettifica, nonché, nelle successive revisioni, la lotta contro l'incitamento all'odio e la garanzia di accesso degli utenti alla trasmissione di eventi di particolare rilevanza per la società. Trattandosi di direttiva di armonizzazione minima, è fatta salva, in ogni caso, l'adozione da parte degli Stati membri di regole più severe o più dettagliate nei settori oggetto di disciplina.

Le esigenze proprie delle libertà economiche qui si incontrano ed interagiscono con principi e valori che nell'ordinamento dell'Unione assurgono al rango di diritti fondamentali, *in primis* la libertà di informazione e quindi la libera circolazione delle comunicazioni (*free flow of information*) senza considerazioni di frontiere, come garantita dalle convenzioni internazionali che vincolano gli Stati membri (*in primis* la CEDU) e oggi riconosciuta nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali⁴. Diverse possono essere le modalità di interazione: dal punto di vista dell'integrazione positiva, la direttiva nel suo complesso, ed alcune sue disposizioni in particolare, promuovono la libertà di

² CGCE, C-155/73, *Sacchi* (1974), in cui la Corte ha affermato per la prima volta che «la trasmissione di messaggi televisivi, compresi quelli aventi carattere pubblicitario, è sottoposta, come tale, alle norme del trattato che riguardano la prestazione di servizi. Ricadono invece sotto le norme relative alla libera circolazione delle merci gli scambi aventi ad oggetto materiali di ogni genere, riproduzioni sonore, films ed altri prodotti usati per la diffusione dei messaggi televisivi».

³ Cfr. per tutte CGCE, C-52/79, *Procureur du Roi contro Marc J.V.C. Debaue ed altri* (1979), in cui la Corte ha chiarito che «mancando un'armonizzazione delle norme applicabili, un divieto del genere (la diffusione di messaggi pubblicitari via cavo, *ndr*) rientra nell'ambito della competenza lasciata ad ogni stato membro per disciplinare, restringere o anche vietare del tutto la pubblicità televisiva sul proprio territorio per ragioni di interesse pubblico. Lo stesso vale se restrizioni o divieti del genere si estendono alla pubblicità televisiva originaria di altri stati membri, purché essi siano effettivamente applicati, alle stesse condizioni, agli organismi televisivi nazionali».

⁴ Direttiva 2010/13/UE, considerando 16: «La presente direttiva rafforza il rispetto dei diritti fondamentali ed è pienamente conforme ai principi riconosciuti dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare l'articolo 11. A questo riguardo, la presente direttiva non dovrebbe impedire in alcun modo agli Stati membri di applicare le rispettive norme costituzionali in materia di libertà di stampa e di libertà di espressione nei mezzi di comunicazione». In merito alla portata dell'art. 11 della Carta cfr. R. Mastroianni – G. Strozzi, *Art. 11*, in R. Mastroianni – O. Pollicino – S. Allegrezza, F. Pappalardo – O. Razzolini (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali*, Milano, 2017, 217 ss.

espressione attraverso le frontiere, facilitando al contempo l'accesso del pubblico ad una più ampia serie di informazioni⁵. Dal punto di vista dell'applicazione delle regole comuni, rileva poi il vincolo, che il diritto dell'Unione impone al giudice europeo come ai giudici nazionali – di interpretare le regole della direttiva e delle norme interne che provvedono al suo recepimento in maniera da garantirne la compatibilità con il diritto a diffondere informazioni, proprio degli operatori del settore, ed a riceverle, proprio della collettività; ciò anche all'esito di un'operazione di bilanciamento con altri diritti ugualmente qualificati dalla Carta come fondamentali. In aggiunta, la natura di fonte primaria della Carta, confermata dall'art. 6, c. 1, TUE, comporta che le stesse disposizioni della direttiva possano essere sottoposte ad uno scrutinio di legittimità con riferimento all'art. 11, affidato in maniera esclusiva alla Corte di giustizia dell'Unione europea attraverso l'impugnazione diretta *ex art. 263 TFUE* ovvero il controllo indiretto tramite il rinvio pregiudiziale di validità *ex art. 267 TFUE*⁶.

2. La Direttiva SMAV ed i suoi pilastri fondamentali

La Direttiva SMAV (2010/13) si fonda sul principio, cardine del funzionamento del mercato interno, dell'applicazione ai servizi transfrontalieri della sola disciplina del loro "Paese di origine", come modificata al momento del recepimento della direttiva stessa. Nello schema proposto dalla direttiva, detto principio a sua volta si scompone in due corollari fondamentali: in primo luogo, l'attribuzione della giurisdizione "esclusiva" sui fornitori di servizi operanti nel territorio dell'UE ad un unico Stato mem-

⁵ Per un'analisi articolata sul punto cfr. V. Kosta, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Oxford, 2015, 156 ss.

⁶ Nella causa CGUE, C-283/11, *Sky Österreich GmbH* (2013), la Corte di giustizia è stata chiamata ad occuparsi della validità dell'art. 15, par. 6, della Direttiva SMAV, nella parte in cui richiede alle emittenti che detengono diritti esclusivi su eventi di grande rilevanza di concedere, con solo rimborso delle spese vive, "estratti" dell'evento ad altre emittenti interessate a trasmetterlo. L'emittente austriaca invocava il contrasto tra detti obblighi ed i diritti di proprietà e di iniziativa economica privata, codificati rispettivamente agli artt. 15 e 16 della Carta. Nell'escludere tale contrasto, con la sentenza pronunciata il 22 gennaio 2013 la Grande Sezione della Corte ha precisato che l'ingerenza sulla libertà di impresa che si realizza con l'obbligo imposto ai titolari di diritti esclusivi è consentita dal diritto dell'Unione, in quanto non ne mette in discussione il suo nucleo essenziale. In merito alla proporzionalità della misura, ha precisato che «la commercializzazione in via esclusiva di eventi di grande interesse pubblico è attualmente crescente e tale da poter considerevolmente restringere l'accesso del pubblico all'informazione relativa a tali eventi. Sotto tale profilo, l'articolo 15 della direttiva 2010/13 mira, come emerge dai considerando 48 e 55 della medesima, a salvaguardare la libertà fondamentale di ricevere informazioni, garantita dall'articolo 11, paragrafo 1, della Carta, e a promuovere il pluralismo nella produzione e nella programmazione delle informazioni nell'Unione, tutelato dal paragrafo 2 del medesimo articolo 11». La Corte ha poi confermato l'idoneità della misura al raggiungimento dell'obiettivo di tutela della libertà di informazione, precisando che l'art. 15, par. 6, della direttiva 2010/13 «pone qualsiasi emittente televisiva in grado di realizzare effettivamente brevi estratti di cronaca e di informare, quindi, il pubblico in ordine ad eventi di grande interesse per il medesimo che siano oggetto di commercializzazione in via esclusiva, garantendo a tali emittenti un accesso a detti eventi. Tale accesso è loro garantito indipendentemente, da un lato, dal loro potere commerciale e dalla loro capacità economica, nonché, dall'altro, dal prezzo versato per l'acquisizione dei diritti esclusivi di trasmissione televisiva, dalle pattuizioni contrattuali con i titolari di tali diritti e dall'ampiezza degli eventi di cui trattasi». Per un commento alla decisione v. W. Hins, *The freedom to conduct a business and the right to receive information for free: Sky Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2014, 665 ss.

bro, quello dello stabilimento del fornitore, così come successivamente qualificato da regole *ad hoc* e “a cascata” codificate nella direttiva (art. 2)⁷: lo scopo è di evitare che un medesimo servizio possa essere soggetto a più regole e più controlli in ragione del numero di Paesi membri coinvolti⁸. In secondo luogo, viene in considerazione l’impegno dello Stato che ha giurisdizione sul fornitore di SMAV di vigilare sul rispetto delle regole nazionali come modificate dalla direttiva (*home country control*), a cui consegue l’obbligo per gli altri Stati membri di astenersi ad esercitare un secondo controllo e quindi di non ostacolare la diffusione sul proprio territorio per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla direttiva (art. 3)⁹. Trova quindi applicazione il vincolo di “mutuo riconoscimento” proprio delle regole di diritto primario sul mercato interno¹⁰. Come detto, trattandosi di un intervento di armonizzazione parziale, questo vincolo è limitato ai “settori coordinati dalla presente direttiva”, nozione tuttavia non facilmente qualificabile, tanto da aver richiesto più volte nella prassi di essere correttamente precisata¹¹.

È quindi in linea di principio la condivisione di regole comuni, frutto del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, ad impedire che gli Stati membri possano invocare le deroghe alla libera prestazione dei servizi che il diritto primario dell’Unione consente. Fatte salve le eccezioni su cui torneremo più avanti e i ricorsi giurisdizionali proposti dai soggetti titolari di diritti, come unica reazione alla pretesa violazione dell’obbligo di controllo da parte dello Stato di origine rimane la procedura di infrazione (artt. 258 ss. TFUE). Per i settori non coordinati, rimane invece salva la disciplina del diritto primario, che comporta in linea di principio la libertà di circolazione dei servizi televisivi, ma attribuisce agli Stati membri di ricezione dei servizi il potere di intervenire a tutela di esigenze imperative legate all’interesse generale. Vedremo tuttavia come questo legame tra oggetto dell’armonizzazione e divieto di doppio controllo si sia progressivamente allentato nelle recenti revisioni della direttiva.

3. Il principio dell’*home country control* nel nuovo testo della direttiva

Premesse le precedenti considerazioni di carattere generale, oggetto di questo breve approfondimento sarà l’incidenza sul principio dell’*home country control* della recentissima direttiva 2018/1808, con la quale si è provveduto ad una nuova revisione della

⁷ Per un’analisi più dettagliata v. R. Craufurd Smith, *Determining Regulatory Competence for Audiovisual Media Services in the European Union*, in *Journal of Media Law*, 2011, 263 ss.

⁸ CGCE, C-11/95, *Commissione/Belgio* (1996), §§ 34 e 86.

⁹ CGCE, C-14/96, *Paul Denuit* (1997).

¹⁰ Per una analisi di carattere generale del principio in questione cfr. C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013.

¹¹ CGCE, nei procedimenti riuniti C-34/95, *Konsumentombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB* (1997) e C-35/95, C-36/95 *Konsumentombudsmannen/Tv-Shop i Sverige AB* (1997), in tema di pubblicità ingannevole; CGUE, nei procedimenti riuniti C-244/10, *Mesopotamia Broadcast A/S METV* (2011) e C-245/10, *Roj TV A/S* (2011), in tema di tutela dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

Direttiva SMAV¹². Va subito rimarcato che la nuova direttiva mantiene il ruolo di fondo del principio dell'*home state control*. Ciò nonostante non siano mancati diversi tentativi di rimetterlo in discussione, in ragione della sua pretesa inidoneità, in un contesto caratterizzato dalla sempre maggiore rilevanza dei moderni servizi veicolati tramite le reti di comunicazione elettronica, di tutelare in maniera efficace le esigenze rappresentate dagli Stati membri che hanno all'interno una forte politica culturale. Più in dettaglio, viene contestata la facilità per i prestatori di servizi audiovisivi di scegliere lo Stato che "offre" una legislazione più conveniente, per poi indirizzare le proprie attività (anche o esclusivamente) al pubblico di un altro Stato. Queste critiche – e le proposte che ne sono derivate¹³ – non tengono tuttavia in debita considerazione che il principio dello Stato di origine è la regola generale che il Trattato codifica per le attività qualificabili come servizi. In aggiunta, di certo detto principio ha il merito di garantire maggiore certezza giuridica¹⁴.

Da questo punto di vista, la nuova direttiva mantiene l'impianto del testo precedente, limitandosi in definitiva a modificare la direttiva 2010/13 in maniera da aumentare i poteri di reazione degli Stati membri nei confronti di fenomeni di "aggiramento" delle regole nazionali più severe rispetto a quelle armonizzate (art. 4, par. 2, ed art. 13, su cui torneremo *infra*). Peraltro, essa interviene in maniera non molto incisiva sui contenuti sostanziali dell'armonizzazione, limitandosi ad aggiungere pochissimi nuovi campi di intervento: da segnalare la nuova disciplina del contrasto ai messaggi che contengono "provocazione a commettere atti di terrorismo", di cui all'art. 6; la nuova disciplina in tema di accesso ai programmi da parte dei soggetti con disabilità (art. 7), nonché un intervento molto più articolato e dettagliato in tema di indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione (art. 30)¹⁵. Si incide poi sulla disciplina di alcuni settori già

¹² La direttiva 2018/1808 è stata approvata definitivamente dal Consiglio il 6 novembre 2018 e pubblicata sulla GUUE del 28 successivo: Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato. Gli Stati membri sono tenuti a provvedere al suo recepimento nell'ordinamento interno entro il 19 settembre 2020.

¹³ Si veda sul punto M. Wagner, *Revisiting the Country-of-Origin Principle in the AVMS Directive*, in *Journal of Media Law*, 2014, 286 ss.

¹⁴ Direttiva 2010/13/UE, considerando n. 13: «Il principio del paese di origine dovrebbe essere considerato come base della presente direttiva, in quanto è fondamentale per la creazione di un mercato interno. Tale principio dovrebbe essere applicato a tutti i servizi di media audiovisivi al fine di garantire ai fornitori di servizi di media la certezza giuridica necessaria all'attuazione di nuovi modelli commerciali e alla diffusione di tali servizi. Esso è altresì fondamentale per assicurare la libera circolazione dell'informazione e dei programmi audiovisivi nel mercato interno».

¹⁵ Ai sensi della lett. a-bis) dell'art. 1 della Direttiva SMAV, introdotto dalla direttiva 2018/1808, per "servizio di piattaforma per la condivisione di video", si intende «un servizio quale definito agli articoli 56 e 57 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ove l'obiettivo principale del servizio stesso, di una sua sezione distinguibile o di una sua funzionalità essenziale sia la fornitura di programmi, video generati dagli utenti o entrambi per il grande pubblico, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale, al fine di informare, intrattenere o istruire attraverso reti di comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 2002/21/CE e la cui organizzazione è determinata dal fornitore della piattaforma per la condivisione di video, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento».

oggetto di armonizzazione: si assiste una volta di più alla revisione al ribasso delle regole sulle comunicazioni commerciali e questa volta anche sulla tutela dei minori nelle trasmissioni lineari, con soluzioni che saranno analizzate in altri contributi inseriti in questo volume. La revisione non si occupa invece, per fare due soli esempi, dell'attualissima questione della "disinformazione" (*fake news*) e lo stesso vale per il problema – tutt'altro che risolto – della tutela del pluralismo dell'informazione, nonostante la stessa Commissione abbia ricevuto varie sollecitazioni sia dal Parlamento europeo¹⁶, sia da Gruppi di lavoro da essa stessa creati¹⁷.

Molto più rilevante, anche perché interviene in un generale contesto di revisione e limitazione dell'*hands off approach* che caratterizza il rapporto tra regole europee e nazionali ed internet¹⁸, è l'intervento che la nuova direttiva effettua in tema di piattaforme di condivisione di video. Esse per la prima volta, pur non essendo tecnicamente "servizi di media audiovisivi", entrano nel campo di applicazione della direttiva¹⁹, con la conseguenza di imporre loro alcuni obblighi di comportamento finalizzati sia a rendere maggiormente equilibrato il rapporto con i mezzi di diffusione tradizionali di SMAV, sia a proteggere gli utenti, in particolare quelli di minore età, da contenuti illegali e comunque pregiudizievoli²⁰. Allo scopo di contribuire al raggiungimento degli obiettivi ora citati, la portata ampia della nozione di giurisdizione quale risulta dal nuovo art. 28-*bis* della Direttiva SMAV opera nella direzione di "estendere" il rispetto delle nuove regole ad operatori "globali" non formalmente stabiliti nel territorio di alcuno Stato membro.

4. La giurisdizione esclusiva del Paese di origine del servizio di media audiovisivo

Occupiamoci ora più in dettaglio dei due principi di base della direttiva, valutando brevemente le novità che la nuova direttiva di revisione comporta.

Come già rilevato, la scelta di attribuire ad un unico Stato membro la giurisdizione – e quindi la responsabilità di vigilare sul fornitore di servizi di media audiovisivi – non sorprende in quanto realizza uno dei principali obiettivi del mercato interno, vale a dire il divieto del doppio controllo su una merce o un servizio legalmente diffuso a partire da uno Stato membro. È necessario tuttavia chiarire quale sia lo Stato dotato di

¹⁶ V. da ultimo la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2018 sul pluralismo e la libertà dei media nell'Unione europea (2017/2209(INI), ove anche richiami alle precedenti Risoluzioni.

¹⁷ Il riferimento va all'*High-Level Group on Media Freedom and Pluralism*, creato dalla Commissione nel 2011, autore di un *report*, pubblicato nel 2013, dal titolo *A free and pluralistic media to sustain European democracy*, nel quale si suggerisce un intervento di armonizzazione delle regole nazionali in questo settore.

¹⁸ Cfr. sul punto il contributo di G.B. Abbamonte, *Le nuove norme sulle piattaforme Internet*, in G. Abbamonte-O. Pollicino-E. Apa (a cura di), *The New EU Regulatory Framework for Audiovisual Media*, Torino, 2019, in corso di pubblicazione.

¹⁹ Cfr. il nuovo Capo IX *bis* della Direttiva SMAV, introdotto dall'art. 1 della direttiva 2018/08 rubricato "Disposizioni applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video". Per approfondimenti sui motivi di questa estensione ed al contenuto delle nuove norme v. G.B. Abbamonte, *op. cit.*

²⁰ Art. 28-*bis* della Direttiva SMAV, come modificata.

giurisdizione e quindi responsabile del controllo. Le peculiarità del mercato televisivo hanno suggerito, sin dalla prima revisione del 1997, di non accontentarsi della nozione generale di stabilimento elaborata dalla Corte di giustizia, ma di contemplare, a monte di questa, dei “criteri specifici”. Essi fanno riferimento alla sede principale dell’impresa che fornisce servizi di media audiovisivi ed al luogo in cui vengono assunte le decisioni editoriali, con una serie di criteri “a cascata” che tendono ad evitare vuoti di giurisdizione per i servizi fruibili nel territorio europeo, coinvolgendo in casi residuali anche fornitori di servizi che hanno con il territorio di uno Stato membro esclusivamente un contatto labile quale la sede dell’*up-link* del satellite.

Nella versione della Direttiva SMAV precedente a quella di recente approvata, la regola dell’HSC trovava applicazione sia per i servizi lineari che per quelli non lineari. La stessa soluzione viene in linea di principio confermata dal nuovo testo, con alcuni accorgimenti proposti dalla Commissione e riformulati dal testo condiviso dal Parlamento europeo e dal Consiglio. In primo luogo, non ha avuto esito il tentativo della Commissione di semplificare il criterio di cui alla lett. *b*) del par. 3 dell’art. 2, relativo alla individuazione dello Stato di giurisdizione qualora la sede principale del fornitore ed il luogo in cui sono prese le decisioni editoriali non coincidano²¹. Nuovi sono invece i parr. 5-*bis* e 5-*ter* del medesimo articolo, entrambi intesi ad aumentare il livello di trasparenza e conoscibilità dei dati relativi allo stabilimento delle emittenti. Il primo richiede agli Stati membri di assicurare che i fornitori di servizi di media informino le autorità o gli organismi nazionali di regolamentazione competenti di qualsiasi modifica che possa influire sulla determinazione della giurisdizione in conformità ai precedenti paragrafi; il secondo richiede agli Stati membri di creare (e di comunicare alla Commissione) un elenco dei fornitori di servizi di media audiovisivi sottoposti alla loro giurisdizione, aggiungendo i criteri sui quali si fonda, per detti fornitori, la loro giurisdizione.

In caso di diversità di opinioni in merito all’attribuzione della giurisdizione (e quindi della responsabilità di controllo) su un fornitore di SMAV, nel contesto delle procedure codificate all’art. 3, parr. 2 e 3 (giudizio sul “doppio controllo” esercitato dallo Stato di ricezione) o dall’art. 4, par. 5 (giudizio in merito all’accusa di “aggiramento” delle regole più severe adottate da uno Stato membro), ai sensi del nuovo par. 5-*quater* dell’art. 2 gli Stati membri sono tenuti a sottoporre «senza indugio» la questione alla Commissione, che adotterà le sue decisioni sentito l’*European Regulators Group for Audiovisual Media Services* (ERGA).

Rimane il problema di inquadrare nel campo di applicazione della direttiva gli operatori che pur non stabiliti in EU in base a tutti i criteri a cascata dell’art. 2, pur tuttavia indirizzano i loro servizi (a richiesta via internet) a fruitori o consumatori all’interno dell’UE²².

²¹ L’unica novità rinvenibile nel testo della lettera citata nel testo è la precisazione per cui l’attività di servizio di media audiovisivo a cui è preposta la «parte significativa degli addetti» al fine della scelta del luogo di stabilimento deve essere «collegata ai programmi».

²² Cfr. sul punto, anche con riferimento a ciò che potrebbe avvenire “post-Brexit”, L. Volman, *Is the cornerstone loose? Critical analysis of the functioning of the ‘country of origin’ principle in the Audiovisual Media Services Directive, taking into account the rapid changes in the audiovisual industry and the recent challenges brought by Brexit*.

Per quanto riguarda le piattaforme di condivisione di video, le quali, lo ribadiamo, alla luce dell'art. 1 non rientrano nella definizione di “servizi di media audiovisivi”, le regole in tema di giurisdizione di cui ai primi articoli della direttiva non si applicano. Come anticipato, l'art. 28-ter del nuovo testo della direttiva richiede agli Stati membri di assicurare determinati comportamenti da parte delle piattaforme sottoposte alla loro giurisdizione, senza tuttavia dare di quest'ultima una definizione *ad hoc*. Ritengo quindi debbano trovare applicazione le regole nazionali, in conformità con la nozione di stabilimento fornita dal diritto primario dell'Unione. Un nuovo par. 1 dell'art. 28-bis, inserito nel testo del trilog, cerca di superare questo problema utilizzando tuttavia un meccanismo di rinvio che non brilla per chiarezza: il concetto di “stabilimento” di una *video sharing platform* in uno Stato membro viene riferito al significato che questa nozione ha nell'art. 3, par. 1, della Direttiva E-Commerce (2000/31). Quest'ultima disposizione tuttavia non contiene alcuna particolare definizione, limitandosi a ribadire la tradizionale clausola di HSC riferita ai prestatori di servizi della società dell'informazione stabiliti nel territorio di uno Stato membro.

La direttiva si occupa invece di fornire chiarimenti in merito all'attrazione delle piattaforme non stabilite nel territorio di uno Stato membro nel campo di applicazione della direttiva, utilizzando nuovamente un sistema a cascata che tende ad estendere il campo di applicazione delle nuove regole e coinvolge le società madri, quelle controllate e quelle comunque facenti parte di un gruppo, se stabilite nel territorio di uno Stato membro²³. Se più società controllate sono stabilite in diversi Stati membri, la piattaforma si considererà stabilita nello Stato in cui l'attività è iniziata. Infine, anche in questo caso agli Stati membri viene richiesto di creare una lista di piattaforme che ritengono stabilite nel loro territorio in base ai criteri su citati²⁴, ed è nuovamente attribuito alla Commissione il compito di dirimere eventuali conflitti di giurisdizione tra Stati membri²⁵. Tuttavia, in questo caso il parere dell'ERGA appare solo facoltativo e, soprattutto, non si qualifica l'intervento della Commissione come “decisione” in merito alla giurisdizione, lasciando aperta la questione degli effetti giuridici della sua presa di posizione.

5. Mutuo riconoscimento e poteri residui dello Stato di ricezione. Il doppio controllo in caso di violazione di alcune regole oggetto di armonizzazione

Come si diceva, la direttiva mira ad eliminare il doppio controllo sulla medesima attività, evitando che, avvenuta l'armonizzazione delle regole nazionali in alcuni settori,

²³ Art. 28-bis, parr. 2-4.

²⁴ Art. 28-bis, par. 6.

²⁵ Art. 28-bis, par. 7: «Qualora, nell'applicazione del presente articolo, gli Stati membri interessati non concordino in merito a quale Stato membro abbia la giurisdizione, essi sottopongono senza indugio la questione alla valutazione della Commissione. La Commissione può chiedere all'ERGA di formulare un parere in merito conformemente all'articolo 30 ter, paragrafo 3, lettera d). L'ERGA formula tale parere entro 15 giorni lavorativi dalla presentazione della richiesta da parte della Commissione. La Commissione tiene debitamente informato il comitato di contatto».

uno Stato membro possa invocare “esigenze imperative” per bloccare o limitare la ricezione o ritrasmissione di SMAV provenienti da altri Stati membri per ragioni legate ai medesimi settori. La clausola “mercato interno” è codificata all’art. 3, par. 1, della Direttiva. Come vedremo meglio più avanti, i paragrafi successivi dimostrano tuttavia che la mutua fiducia riposta sul controllo nel Paese di stabilimento non è illimitata, in quanto consentono il ricorso al doppio controllo in casi specifici e nel rispetto di complessi oneri procedurali.

Inoltre, come chiarito all’art. 4, la Direttiva SMAV – proponendo un’armonizzazione minima delle regole nazionali – consente agli Stati membri l’adozione di norme più severe o dettagliate rispetto a quelle previste a regime, purché queste siano compatibili con il diritto dell’Unione²⁶. È noto che molti Stati membri hanno fatto uso di questa facoltà, come nel caso delle regole francesi e italiane in tema di tutela delle produzioni europee e nazionali, più severe per le emittenti (e protettive per i produttori nazionali) di quanto richiesto a regime dalla direttiva. In molti Paesi membri si è scelto inoltre di rendere più stringenti le regole sulle comunicazioni commerciali, a tutela degli utenti-consumatori, o quelle sulla protezione dei minori.

Considerato che queste regole derogatorie possono essere applicate solo ai fornitori di servizi sottoposti alla giurisdizione dello Stato che le adotta, nel dibattito interno agli Stati più “protettivi” è emerso il timore che l’applicazione del principio dello Stato di origine, se non accompagnato da correttivi, potesse causare una corsa al ribasso, inducendo i fornitori di servizi a stabilirsi nello Stato che, nel rispetto delle regole minime armonizzate, “offre” la legislazione più vantaggiosa, aggirando così le regole interne. Il timore è amplificato dalla circostanza che, secondo la Corte di giustizia, il pubblico target del fornitore di servizi non è tra i criteri da prendere in considerazione per individuare lo Stato di stabilimento ai fini della direttiva, potendo un’emittente essere considerata stabilita in uno Stato membro in base alla sede del suo centro di attività anche se quest’ultima sono in concreto dirette soltanto al pubblico e agli inserzionisti pubblicitari localizzati in altri Paesi membri²⁷.

Sin dalla prima versione del 1989 la direttiva contempla quindi dei meccanismi “correttivi” che qualificano e limitano – più che in altri settori di intervento normativo europeo – l’operatività del principio del controllo esclusivo dello Stato di origine, portando in molti casi all’applicazione della normativa nazionale anche nei confronti di fornitori di servizi audiovisivi stabiliti altrove qualora non rispettino o in alcuni casi nonostante il rispetto delle regole comuni. Nelle successive revisioni che la direttiva ha conosciuto questi meccanismi sono stati affinati, cercando di coprire situazioni differenti. In ogni caso, la direttiva cerca di evitare reazioni unilaterali non accompa-

²⁶ Art. 4, par. 1: «Gli Stati membri conservano la facoltà di richiedere ai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione di rispettare norme più particolareggiate o più rigorose nei settori coordinati dalla presente direttiva, purché tali norme siano conformi al diritto dell’Unione». Per un’interpretazione di quest’ultima locuzione in un contenzioso tutto italiano relativo alle diverse discipline degli affollamenti pubblicitari per le emittenti *free o pay*, v. CGUE, C-234/12, *Sky Italia* (2013).

²⁷ CGCE, C-56/96, *VT4* (1997), § 22: «si deve altresì rilevare che il solo fatto che tutte le trasmissioni e tutti i messaggi pubblicitari siano destinati esclusivamente al pubblico fiammingo non consente, diversamente da quanto asserito dalla VT4, di dimostrare che la VT4 non può essere considerata stabilita nel Regno Unito. Infatti, il Trattato non vieta ad un’impresa di esercitare la libera prestazione di servizi qualora non offra servizi nello Stato membro nel quale è stabilita».

gnate da una valutazione obiettiva, affidata alla Commissione europea. Valutiamoli brevemente, indicando anche quali novità comporta il nuovo testo di revisione, distinguendo due diverse situazioni:

a) Il primo caso è quello del riconoscimento allo Stato di ricezione del potere di intervenire con un ulteriore (“doppio”) controllo nei confronti di servizi provenienti da altri Paesi membri, se ritenuti non conformi alle regole previste a regime dalla direttiva: è la situazione contemplata dall’art. 3, che dapprima, riferendosi ai settori disciplinati dalla direttiva, codifica come regola generale l’obbligo in capo agli Stati membri di assicurare la libertà di ricezione vietando interventi restrittivi rispetto a servizi provenienti da altri Paesi membri «per motivi attinenti ai settori coordinati dalla direttiva» (par. 1). Successivamente, consente allo Stato di ricezione, a titolo di eccezione, la facoltà di derogare temporaneamente a questo obbligo, nel rispetto tuttavia di condizioni sostanziali e procedurali molto stringenti (par. 2 e ss.).

Qui si rinviene una novità di non poco conto nel testo di revisione, di cui riteniamo utile dare conto in maniera più dettagliata. La versione del 2010 della Direttiva SMAV distingueva due ipotesi, a seconda che i servizi di media audiovisivi fossero diffusi con modalità lineari (trasmissioni televisive)²⁸ o non lineari (trasmissioni a richiesta)²⁹, prevedendo una disciplina differente riguardo ai motivi invocabili a giustificazione dell’intervento dello Stato di ricezione: nel primo caso, in base al secondo paragrafo dell’art. 3, le misure restrittive erano consentite soltanto in caso di violazione seria, manifesta e grave delle regole della direttiva in tema di tutela dei minori (art. 27) e di divieto di incitamento all’odio (art. 6); nel secondo caso, contemplato al quarto paragrafo dell’art. 3, l’elenco, ripreso dalla direttiva 2000/31, era molto più ampio, includendo motivi di ordine pubblico, sanità pubblica, pubblica sicurezza e tutela dei consumatori. Diversa era anche la procedura, più complessa e articolata nel primo caso, più snella nel secondo³⁰. La direttiva 2018/1808 interviene modificando il quadro precedente, semplificando da un lato ma inserendo ulteriori distinzioni dall’altro: dal primo punto di vista, sin dalla proposta della Commissione del 2016 veniva chiarito, nel Preambolo, che le procedure e le condizioni per limitare la libertà di fornire e ricevere servizi avrebbero dovuto essere equivalenti per i servizi lineari e non lineari. Di conseguenza, viene ora eliminata la distinzione basata sul tipo di servizio (lineare o non lineare). Se ne introduce tuttavia una nuova, basata sull’interesse che lo Stato intende preservare e quindi sulla gravità della violazione contestata al servizio transfrontaliero. Ciò porta comunque a contemplare due diverse procedure di “doppio” controllo. La prima, più complessa ed articolata salvo casi di urgenza, riguarda il caso in cui il servizio di media audiovisivo venga

²⁸ Ricordiamo che ai sensi dell’art. 1, lett. e) della Direttiva SMAV, non modificata dalla direttiva 2018/1808, si intende per «radiodiffusione televisiva» o «trasmissione televisiva» (vale a dire un servizio di media audiovisivo lineare), un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione simultanea di programmi sulla base di un palinsesto di programmi.

²⁹ Ai sensi della lett. g) dello stesso articolo, anch’essa non modificata dalla direttiva di revisione, si intende per «servizio di media audiovisivo a richiesta» (vale a dire un servizio di media audiovisivo non lineare), un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi al momento scelto dall’utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media.

³⁰ Per maggiori dettagli rinvio a R. Mastroianni, *La direttiva*, cit., 90 ss.

accusato, nello Stato di ricezione, di violare in maniera manifesta, seria e grave le regole della direttiva in tema di tutela dei minori e di divieto di incitamento all'odio, oppure di pregiudicare o rischiare di pregiudicare la salute pubblica. Ai sensi del nuovo art. 3, par. 2: «Uno Stato membro può derogare in via provvisoria al paragrafo 1 del presente articolo se un servizio di media audiovisivo erogato da un fornitore di servizi di media sotto la giurisdizione di un altro Stato membro viola in maniera evidente, grave e seria l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o l'articolo 6 bis, paragrafo 1, ovvero pregiudica o presenta un rischio serio e grave di pregiudizio per la salute pubblica».

La seconda procedura, più spedita in conseguenza della maggiore gravità del comportamento, riguarda il caso di servizi di media audiovisivi che violano le regole della direttiva in tema di incitamento al terrorismo o pregiudicano la pubblica sicurezza. Ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 3: «Uno Stato membro può derogare in via provvisoria al paragrafo 1 del presente articolo se un servizio di media audiovisivo erogato da un fornitore di servizi di media sotto la giurisdizione di un altro Stato membro viola in maniera evidente, grave e seria l'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), ovvero pregiudica o presenta un rischio grave e serio di pregiudizio per la pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale».

In entrambi i casi, l'ultima parola è lasciata alla Commissione, che opera una valutazione *ex post* delle misure adottate rispetto alla loro compatibilità con il diritto dell'Unione. Ovviamente, la posizione assunta dalla Commissione può essere sottoposta allo scrutinio della Corte di giustizia secondo i meccanismi di ricorso previsti dalle regole dei Trattati.

Quanto appena esposto suggerisce alcune valutazioni critiche di carattere generale. In primo luogo, va segnalato che con la nuova disciplina viene oramai superato anche per i servizi lineari il collegamento tra il primo ed il secondo comma dell'art. 3, quindi tra la portata del principio di mutuo riconoscimento, per definizione limitata ai settori oggetto di armonizzazione, ed il riconoscimento dei poteri residuali di intervento in capo allo Stato di ricezione. Nella prima versione della direttiva, i due elementi erano strettamente collegati: premesso che solo l'avvenuta armonizzazione crea quella mutua fiducia che giustifica la piena applicazione del principio del mutuo riconoscimento, si consentiva allo Stato membro di reagire al mancato rispetto delle regole comuni soltanto in ipotesi molto limitate, coinvolgenti interessi e valori meritevoli di maggiore tutela (la protezione dei minori, ad esempio), e comunque solo in presenza di violazioni gravi e reiterate seguendo una procedura codificata che affidava alla Commissione un compito di tipo sostanzialmente arbitrario. Per il resto (sempre all'interno dei settori oggetto di armonizzazione), il doppio controllo era del tutto da escludersi, potendo lo Stato membro di ricezione di programmi ritenuti non conformi alle regole della direttiva avvalersi esclusivamente del rimedio generale della procedura di infrazione *ex art.* 259 TFUE. Infine, per i settori non coordinati trovava applicazione la regola generale che contempla la possibilità di intervento dello Stato di destinazione di un servizio (nel nostro caso, dello Stato di ricezione), qualora le misure adottate fossero giustificate da esigenze imperative legate ad interessi generali e fossero idonee e proporzionate a tal fine, ma senza l'obbligo di rispettare determinate regole procedurali e senza l'interven-

to decisivo della Commissione.

Già con la revisione del 1997 e poi con quella del 2007 si è preferito andare in direzione diversa, nel senso che la procedura codificata di verifica della correttezza delle misure derogatorie alla libera circolazione dei servizi veniva estesa, nel caso dei servizi a richiesta, anche ai casi in cui lo Stato di destinazione intendeva invocare la violazione di regole e principi che non sono oggetto di armonizzazione. È il caso delle disposizioni di cui all'art. 3, c. 4, della direttiva 2010/13, nel testo precedente alla recente modifica, ai sensi del quale gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga alla libera circolazione dei servizi non lineari se detti provvedimenti sono necessari per la tutela dell'ordine pubblico, della sanità pubblica, della pubblica sicurezza e della tutela dei consumatori. L'obiettivo era quello di uniformare la disciplina della circolazione dei servizi non lineari alle regole codificate nella Direttiva E-Commerce.

In definitiva, considerato che il potere di reazione in casi del genere è già riconosciuto agli Stati membri, sia pure con le cautele prima ricordate, dal diritto primario, di fatto ciò che cambiava con questa modifica della direttiva era l'introduzione di un obbligo, evidentemente accettato dagli Stati membri o almeno da una maggioranza degli stessi, di canalizzare le loro reazioni in una procedura codificata, che riduce le possibilità di reazione immediata e attribuisce formalmente alla Commissione il potere di decidere, con misure vincolanti, sul rispetto del diritto dell'Unione.

In concreto, ciò comporta tra l'altro che alla Commissione viene attribuito il compito – tutt'altro che agevole e comunque da esercitare in anticipo rispetto ad una eventuale procedura di infrazione – di decidere se un determinato servizio sia rispettoso di valori ed esigenze primarie nazionali come la tutela della salute, della pubblica sicurezza, dell'ordine pubblico. Va da sé che non è detto che – in assenza appunto di armonizzazione – il contenuto di questi valori sia necessariamente condiviso tra gli Stati membri, il che rende il ruolo della Commissione da un lato più complesso, dall'altro potenzialmente più utile per comporre diversità di vedute, salvo il potenziale, successivo vaglio della CGUE. È il caso di ricordare che in altri contesti (in quello della libera circolazione delle persone, ad esempio) la Corte di giustizia ha già avuto modo di precisare che la definizione di nozioni come pubblica sicurezza e ordine pubblico, presenti nel Trattato come deroghe alla libertà in questione, non possono essere lasciate alle (diverse) scelte operate dagli Stati membri, ritenendo necessario fornire definizioni comuni di diritto dell'Unione. Anche nel nostro caso, che – è bene ricordarlo – può coinvolgere una delicata opera di bilanciamento tra esigenze di tutela di interessi statali e libera manifestazione del pensiero, è plausibile che si arrivi alla medesima conclusione.

La nuova versione della Direttiva SMAV, frutto della modifica apportata dalla direttiva 2018/1808, completa questo percorso e, come conseguenza dell'equiparazione realizzata con il nuovo testo dell'art. 3 nel trattamento dei servizi lineari e non lineari, estende anche ai primi lo “scollamento” prima evidenziato. Anche in questo contesto, infatti, gli Stati membri hanno accettato che vengano “canalizzate” in una speciale procedura le reazioni nei confronti della diffusione sul loro territorio di servizi di media audiovisivi ritenuti pregiudizievoli non solo per interessi e valori oggetto di armonizzazione³¹, ma anche per interessi e valori che la direttiva non disciplina o qualifica nella sua parte

³¹ Si tratta della tutela dei minori, di cui all'art. 6-bis, par. 1, e dell'*hate speech*, di cui all'art. 6 par. 1,

sostanziale, cioè la salute pubblica (par. 2) o la sicurezza pubblica, «compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale» (par. 3). Nel primo caso, le condizioni per l'esercizio della facoltà di deroga, oltre alla gravità e serietà del pregiudizio, sono: la recidiva reiterata e specifica del comportamento in questione (almeno due violazioni nei 12 mesi precedenti); la previa notifica al fornitore di servizi accusato, allo Stato membro che detiene la giurisdizione ed alla Commissione delle presunte violazioni e delle misure che si intendono adottare; il rispetto del diritto di difesa del fornitore di servizi di media accusato di violazione; l'esito negativo delle consultazioni con lo Stato membro avente giurisdizione e con la Commissione, trascorso un mese dalla notifica. Parzialmente meno articolata è la procedura che il par. 3 dell'art. 3 codifica in presenza di comportamenti da parte di un fornitore di servizi (lineari e non lineari) in caso di violazioni ritenute dalla direttiva più gravi, vale a dire quelle concernenti le «provocazioni a commettere atti di terrorismo» ovvero un rischio grave e serio di pregiudizio per la pubblica sicurezza. In questo caso è infatti sufficiente che il fornitore di SMAV sia incorso in un'altra sola violazione nei dodici mesi precedenti, mentre rimangono ferme le esigenze di notifica e contraddittorio. Scompare inoltre la necessità di attendere un mese per facilitare eventuali soluzioni amichevoli. In entrambi i casi la Commissione è tenuta a prendere posizione entro tre mesi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione delle misure adottate, con la conferma che una posizione negativa impone il ritiro immediato delle medesime. Infine, ai sensi del par. 5 dell'art. 3 situazioni di urgenza possono giustificare un intervento immediato (entro un mese) dello Stato membro "target" nei confronti di servizi di media audiovisivi diffusi in asserita violazione delle regole indicate al par. 3 (e quindi non di quelle indicate al par. 2), ma anche in questo caso le misure devono essere immediatamente notificate alla Commissione che, nel termine di un mese, è tenuta a valutarle, potendo anche in questo caso imporre allo Stato membro che le ha adottate di porvi fine con urgenza.

Alcune osservazioni critiche. Se è vero che tutte le decisioni assunte in questa procedura possono essere sottoposte ad un vaglio giurisdizionale, non è scontato che sia esente da critiche la scelta di affidare ad un organo amministrativo (la Commissione) piuttosto che ad un giudice valutazioni e decisioni che coinvolgono in maniera diretta diritti e libertà costituzionali. Di certo, la volontà degli Stati membri con la direttiva di revisione del 2018 è stata quella di accettare una forte centralizzazione del livello decisionale in mano alla Commissione, nonché il rispetto dei tempi imposti dalla procedura codificata. Riteniamo tuttavia che il ruolo dell'esecutivo comunitario non possa non limitarsi ad un vaglio di conformità di tipo "soft", il quale, salvo casi di evidente abuso delle facoltà riconosciute agli Stati membri, difficilmente porterà la Commissione a contestare le valutazioni di uno Stato membro in merito ai rischi che uno SMAV sottoposto alla giurisdizione di un altro Stato membro pone alla sicurezza pubblica o alla difesa nazionale.

Più in generale, la codificazione in termini così dettagliati delle condizioni formali e sostanziali richieste per dare il via libera a misure nazionali che colpiscono servizi originari da altri Paesi membri, se di certo appare a prima vista coerente con la natura di

lett. a), per la procedura di cui al secondo paragrafo dell'art. 3; della pubblica provocazione a commettere atti di terrorismo, di cui all'art. 6, par. 1, lett. b) per la procedura di cui al terzo paragrafo dell'art. 3.

libertà fondamentale propria della libera circolazione dei servizi, soprattutto nei casi che non trovano diretto collegamento con l'avvenuta armonizzazione sostanziale pone alcuni problemi applicativi non secondari. In primo luogo, non è facile capire quali siano i poteri residui dello Stato membro "target" in caso di violazioni delle regole interne che, pur mettendo a repentaglio la pubblica sicurezza o la sanità pubblica, non sono così gravi o reiterate da rientrare nel ristretto perimetro tracciato dalla direttiva. A rigore, queste misure di reazione non dovrebbero essere consentite, a pena di privare di significato, da questo punto di vista, l'intero intervento realizzato con la direttiva. Ma allora, risulterebbe quanto meno incoerente che per altre violazioni delle regole interne non contemplate dalla direttiva ed obiettivamente meno gravi lo Stato target possa assumere provvedimenti in deroga alla libera circolazione senza doverle giustificare né in base alla gravità, né in base alla reiterazione della violazione, e senza doverle sottoporre al vaglio successivo della Commissione.

Rimangono quindi fuori dal nuovo testo altre possibili reazioni da parte degli Stati destinatari del servizio, per le quali la procedura di controllo non si applica. È il caso, per esempio, delle regole nazionali in tema di pluralismo dell'informazione ovvero della tutela della diversità culturale e linguistica. Per queste ipotesi trovano tuttora applicazione le regole generali del diritto primario, che contemplano la possibilità di apporre ostacoli alla libera prestazione dei servizi se lo Stato membro invoca proprie "esigenze imperative" giustificate dall'interesse pubblico e adotta misure necessarie e proporzionate per la loro salvaguardia (si vedano in questo senso le sentenze della Corte di giustizia in tema di c.d. *must-carry*)³². Paradossalmente, in un caso del genere la tutela dei valori invocati potrà essere maggiormente spedita e semplificata, non avendo lo Stato membro l'obbligo di seguire i passi procedurali e di rispettare le condizioni sostanziali (ad es. violazione reiterata) che la direttiva codifica. Una traccia di questa preoccupazione emerge nel Preambolo della nuova direttiva, precisamente al Considerando n. 10 (non presente nella proposta della Commissione e aggiunto nella fase del trilogò), dove si riconosce che gli Stati membri possono adottare misure intese ad assicurare il rispetto delle regole nazionali in tema di tutela dei consumatori che non rientrano nelle aree armonizzate dalla direttiva. Tuttavia, queste misure, tra le quali viene espressamente citato il caso – più volte oggetto di intervento della CGUE – della disciplina delle scommesse, secondo i dettami del diritto primario e della giurisprudenza della Corte, devono essere giustificate da un «motivo imperativo di interesse pubblico generale», come la tutela dei consumatori, e devono essere proporzionate e necessarie per il conseguimento del risultato.

In definitiva, le scelte effettuate con la Direttiva SMAV, in particolare con la revisione effettuata con la direttiva 2018/1808, pur presentandosi come utile intervento nella direzione di rafforzare la tutela di valori ed interessi comunemente condivisi tra gli Stati membri, sembrano non tenere in debito conto che le reazioni nei confronti di violazioni gravi delle regole nazionali in tema, ad esempio, di pubblica sicurezza, sono già ora consentite agli Stati dal diritto dell'Unione, senza dover essere sottoposte al rispetto delle regole procedurali che la direttiva impone. D'altro canto, la proceduralizzazione delle reazioni statali ed il ruolo determinante affidato alla Commissione

³² CGCE, C- 250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium S.A* (2007).

europea può certamente contribuire ad evitare l'adozione di misure eccessive o non proporzionate.

Un'ulteriore questione che in questa sede può essere solo accennata riguarda il rapporto tra le procedure prima ricordate e le regole nazionali in tema di accesso alla giustizia da parte dei soggetti che si ritengono lesi nei loro diritti dalla diffusione di SMAV provengono da altri Paesi membri. L'esempio può essere il caso di una piattaforma di servizi lineari che diffonde (anche) programmi diffusi da un'emittente stabilita in un altro Paese membro. Può un soggetto (ad es., una associazione di consumatori, a ciò legittimata dalle regole nazionali adottate in conformità a quelle europee³³) dar corso ad un'azione inibitoria nello Stato di destinazione del servizio in cui è stabilita, o questa possibilità è preclusa dalla codificazione di un procedimento "*public enforcement*" che, nel caso italiano, è affidato alle cure dell'AGCOM? Nonostante il testo dell'art. 3, par. 4, della Direttiva SMAV come modificata, ove il ricorso alla tutela giurisdizionale viene fatto salvo ma soltanto «nello Stato membro che esercita la propria giurisdizione sul fornitore di servizi id media audiovisivi», riteniamo non sia possibile, a pena di conculcare diritti costituzionalmente garantiti, escludere la tutela diretta dei privati anche negli altri Stati membri in cui il servizio viene diffuso, potendo quindi anche in questo caso il "*private*" ed il "*public enforcement*" convivere in base alle regole generali.

Sempre in tema di deroghe al principio del mutuo riconoscimento, una rilevante novità riguarda la disciplina della tutela delle produzioni nazionali in caso di servizi di media audiovisivi a richiesta. Il nuovo art. 13, dopo aver richiesto ai fornitori di SMAV non lineari di assicurare nei loro cataloghi una percentuale di almeno il 30% di opere europee, consente agli Stati membri che richiedono ai fornitori di SMAV soggetti alla loro giurisdizione di contribuire finanziariamente alla produzione di opere europee, anche attraverso investimenti diretti dei contenuti e contributi ai fondi nazionali, di estendere tale regime anche a soggetti che sono sottoposti alla giurisdizione di altri Paesi membri, se la loro attività è rivolta al pubblico del primo Stato (emblematica è la polemica recente relativa al trattamento di Netflix in Francia). Il contributo sarà determinato con riferimento agli introiti ottenuti nello Stato membro target³⁴; qualora un simile contributo sia richiesto anche nello Stato in cui il fornitore è stabilito, detto Stato deve tener conto degli eventuali ulteriori contributi già imposti nello Stato target.

Varie osservazioni potrebbero essere svolte in merito a questa scelta, giustificata dalla direttiva in ragione del legame diretto tra gli obblighi finanziari e le diverse politiche culturali degli Stati membri. In breve, il legislatore europeo non ha richiesto agli Stati membri di provvedere ad imporre questi contributi, ma ha ritenuto equo che, qualora uno Stato si determini in questo senso, la misura adottata possa essere estesa anche a soggetti che, pur non stabiliti nel suo territorio, in qualche modo partecipano al mercato dei servizi non lineari nel suo territorio ma risultano favoriti dal non dover esser sottoposti ad obblighi di finanziamento. Tuttavia, emergono alcune difficoltà interpretative: ad esempio, non è chiaro se ai fini dell'estensione soggettiva del contributo è sufficiente che il pubblico dello Stato che lo impone sia soltanto potenzialmente in

³³ Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

³⁴ Cfr. M. Wagner, *op. cit.*

grado di ricevere i programmi in questione, oppure sia necessario che ne sia il target principale.

Anche in questo caso si rinviene una deviazione *ad hoc* al principio del Paese di origine, in quanto viene consentito agli Stati membri che non detengono la giurisdizione su un fornitore di servizi a richiesta di imporre le proprie regole in tema di aiuti alla produzione nazionale, in termini di obblighi di investimento. Questa soluzione ha trovato un'anticipata applicazione in Italia con le modifiche apportate al Testo unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici (TUSMAR) dall'art. 2 del d.lgs. 204/2017, recante riforma delle disposizioni legislative in materia di promozione delle opere europee e italiane da parte di fornitori di servizi di media audiovisivi, a norma dell'art. 34 della l. 220/2016. Il nuovo art. 44-*quater* del TUSMAR, al par. 2, estende infatti a soggetti, stabiliti in un altro Stato membro, che hanno la responsabilità editoriale di offerte rivolte ai consumatori in Italia gli obblighi di programmazione e finanziamento che il par. precedente impone ai fornitori di media audiovisivi a richiesta. L'estensione sarà tuttavia operativa soltanto a partire dal 1° gennaio 2019, in maniera quindi da intervenire nella finestra temporale che la direttiva 2018/1808 prevede per il suo recepimento, e richiederà una modifica del relativo Regolamento AGCOM, con il quale credo si dovrà tenere conto anche delle distinzioni e precisazioni che l'art. 13, cc. 3 e 5, della direttiva contempla e che non vengono riprese nel testo legislativo italiano.

Infine, non ci sembra di rinvenire nella direttiva 2018/1808 misure specifiche in tema di libera circolazione dei servizi diffusi attraverso piattaforme di condivisione di video (le quali, lo ricordiamo, non rientrano nella definizione di servizio di media audiovisivo), per cui le regole generali del mercato interno, come codificate dal Trattato ed interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, troveranno in questo caso piena applicazione.

5.1 Segue: l'adozione di regole più severe o dettagliate e la loro applicazione a fornitori stabiliti in altri Paesi membri

Ulteriore deviazione dal principio dell'HCC è codificata nell'art. 4 della direttiva 2010/13, concernente il principio dell'armonizzazione minima. Detta disposizione riflette il compromesso per cui alcuni Stati membri, pur accettando l'armonizzazione sostanziale prevista dalla direttiva, si vedono autorizzati a richiedere ai fornitori di SMAV stabiliti nel loro territorio il rispetto di alcune regole specifiche, riflesso della peculiare sensibilità o delle scelte culturali nazionali: è il caso ad esempio della tutela delle produzioni nazionali oltre le richieste della direttiva, oppure dell'adozione di regole più stringenti in tema di protezione di minori o di comunicazioni commerciali. Le regole comuni possono quindi essere derogate dagli Stati membri con altre più restrittive, applicabili tuttavia soltanto alle emittenti soggette alla giurisdizione dello Stato membro in questione e con il *caveat* che le stesse non siano incompatibili con altri principi del diritto dell'Unione³⁵.

³⁵ CGUE, C-234/12, *Sky Italia* (2013), cit.

In casi eccezionali, l'art. 4, parr. 2 ss. della direttiva consente agli Stati membri di estendere queste regole più severe anche a fornitori di servizi SMAV stabiliti in altri Paesi membri, se detti fornitori indirizzano le trasmissioni in maniera totale o parziale al pubblico del primo Stato e qualora lo stabilimento sia dovuto ad un conclamato tentativo di "aggirare" le regole del primo Stato). In questo caso la procedura codificata dalla direttiva per reagire ad un c.d. "uso distorto" della prestazione dei servizi è particolarmente complessa e il controllo della Commissione più severo (l'autorizzazione è *ex ante*), trattandosi di consentire una evidente deviazione dalle regole del mercato interno: in definitiva, si richiede al fornitore di servizi che rispetta la legislazione dello Stato in cui è stabilito di cambiare il contenuto della propria attività per adeguarsi alle regole applicabili anche in solo uno degli Stati di ricezione.

Nella direttiva del 2010 la procedura di reazione poteva aver luogo soltanto per le trasmissioni lineari. Per quelle a richiesta, la mancata estensione della procedura di reazione era in qualche modo compensata dalla citata maggiore possibilità di invocare interessi generali per bloccare o limitare la loro diffusione nel territorio dello Stato.

La direttiva 2018/1808 interviene equiparando anche in questo caso i servizi lineari a quelli non lineari. Quanto alla procedura, essa non conosce particolari modifiche, salva una non chiarissima precisazione sulla natura "obiettiva" dell'aggiramento delle regole (art. 4, par. 3 (b)) nonché una accentuazione della necessità di rispettare i diritti di difesa dell'emittente coinvolta (art. 4, par. 4 (b)).

Infine, con riferimento alle piattaforme di condivisione di video, come già evidenziato la nuova direttiva estende la propria attenzione ai servizi diffusi da dette piattaforme che non hanno la responsabilità editoriale dei contenuti, ma che li organizzano in vari modi. Si tratta di regole di comportamento, elencate al par. 3 dell'art. 28-ter, finalizzate a tutelare i minori da contenuti nocivi al loro sviluppo nonché gli utenti in generale da contenuti che istighino alla violenza o all'odio. Nella proposta della Commissione, al fine di garantire un approccio comune negli ordinamenti nazionali, era esclusa la possibilità per gli Stati membri di adottare regole più severe rispetto a quelle armonizzate (armonizzazione totale), salvo il caso di contenuti illeciti. Diversa è la soluzione adottata nell'ultimo testo (nuovo art. 28-ter, par. 6), con il quale si sposa la soluzione opposta: è possibile per gli Stati membri adottare misure più restrittive o dettagliate, a condizione di rispettare il diritto dell'Unione ed in particolare le regole sulla limitazione di responsabilità codificate nella Direttiva E-Commerce (2000/31), artt. 12-15, e nell'art. 25 della direttiva 2011/93, riguardante le misure contro i siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico.

Una valutazione conclusiva, riferita questa volta all'ordinamento italiano, nella prospettiva del recepimento della direttiva 2018/1808 attraverso il meccanismo consolidato del conferimento della delega al governo tramite la legge di delegazione europea annuale. A fronte di varie possibilità offerte dalla Direttiva SMAV di derogare – in senso più restrittivo e particolareggiato – alla disciplina imposta a regime dal testo europeo, va ricordato che la nostra l. 234/2012, all'art. 32 c. 1 lett. c), indica tra i principi generali in materia di delega legislativa il c.d. divieto di *gold plating*: «gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi

dell'articolo 14, commi 24-*bis*, 24-*ter* e 24-*quater*, della legge 28 novembre 2005, n. 246». Sarà quindi interessante valutare come il legislatore delegante (con l'indicazione di principi e criteri direttivi specifici nella legge annuale) e quello delegato, in sede di esercizio della delega, intenderanno dar corso a questa precisa quanto impegnativa indicazione risultante dal testo legislativo.

Come citare il contributo: R. Mastroianni, Country of origin e principio di territorialità, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 1, 2019, in corso di pubblicazione