

INTRODUZIONE

I contributi raccolti in questo volume, dedicati alla revisione della direttiva sui servizi di media audiovisivi, derivano quasi tutti da relazioni svolte nel corso della giornata di studi ospitata dall'Università Bocconi il 21 settembre 2018 e moderata dal Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani.

Con quel convegno, sotto il titolo “Il nuovo quadro regolamentare europeo dell'audiovisivo”, si era inteso radunare molti tra i più profondi conoscitori di un tema per un verso molto specifico, per un altro di grande rilievo economico e sociale, sollecitandoli a offrire le loro prime riflessioni su un testo che, sia pure ancora non formalmente approvato, aveva ormai raggiunto una fisionomia ben definita. Erano stati chiamati a confrontarsi non solo accademici, ma anche avvocati (del libero foro o legali interni di grandi società attive nel settore) ed esponenti delle istituzioni europee ed italiane (la Commissione europea e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), accomunati dalla pluriennale frequentazione della regolamentazione dell'audiovisivo.

L'ispirazione di questo volume è la medesima di quel convegno: promuovere un dibattito sulla nuova direttiva, facendo dialogare portatori di sensibilità diverse (studiosi, professionisti, *policy maker*) in grado di offrire al lettore un'analisi specialistica dei temi affrontati, fondata su una approfondita conoscenza degli stessi, derivante da lunga esperienza.

Tale tensione alla contaminazione è rintracciabile, in modo niente affatto casuale, finanche nelle identità dei curatori: un professore ordinario, un avvocato e un direttore della Commissione europea, ciascuno aperto alla prospettiva degli altri due (chi non è un accademico di carriera comunque tiene corsi all'università, chi non è avvocato ha esercitato la professione forense – e non come incidente di percorso –, chi non è un *civil servant* presta la propria opera nell'ambito di commissioni e gruppi di esperti nominati dalla Commissione e dal Governo per avere supporto tecnico).

Le tre anime rinvenibili nella curatela e nel *roster* di autori trovano un riflesso nei tre propositi che ispirano il volume: consegnare un denso contributo dottrinale, che possa costituire l'abbrivio di un più esteso dibattito in sede scientifica; essere uno strumento operativo, che offra una prima lettura delle nuove norme alle imprese e agli operatori che con tali norme dovranno misurarsi su base quotidiana.

na; presentare spunti di riflessione sulle implicazioni delle diverse opzioni alle autorità, europee e nazionali, che dovranno occuparsi dell'attuazione della direttiva, della redazione di linee guida, della trasposizione negli ordinamenti nazionali, dell'*enforcement*.

Questa molteplicità di ispirazioni è riscontrabile anche nella diversa "tessitura" dei singoli capitoli, che hanno taglio diverso. Con scelta consapevole, abbiamo rinunciato all'omogeneità formale, lasciando che ciascun autore si esprimesse secondo l'approccio che gli era più congeniale.

Nel licenziare queste pagine, dobbiamo un sincero ringraziamento agli autori di singoli saggi, che hanno accettato di essere distolti dalle cure delle loro occupazioni quotidiane per condividere punti di vista originali e di grande interesse. Un ringraziamento particolare va rivolto al Direttore Generale della DG Connect Roberto Viola che, dopo aver tenuto il *keynote speech* nella conferenza bocconiana, ci ha anche onorati di un'estesa prefazione al volume. Uno speciale attestato di gratitudine va, infine, a Giovanni De Gregorio, che ha infaticabilmente tenuto insieme i fili di questa iniziativa, coordinando le molte attività che circondano la pubblicazione di un volume collettaneo e fornendo un apporto di inestimabile valore in termine di idee e soluzioni.

Milano/Bruxelles, 1 ottobre 2019

Prefazione

LA RIFORMA DEL QUADRO NORMATIVO
DELL'AUDIOVISIVO
TRA MERCATO UNICO DIGITALE
E VALORI FONDAMENTALI

di *Roberto Viola* *

Sommario: 1. Note introduttive. – 2. La direttiva SMAV nel quadro della Strategia del mercato unico digitale. – 3. Il principio del paese di origine. – 4. Autorità indipendenti ed ERGA. – 5. Le norme sulla pubblicità. – 6. Le piattaforme di condivisione video. – 7. Opere europee. – 8. Conclusioni.

1. *Note introduttive*

È sempre un piacere aprire una conferenza in Italia, specie quando l'evento ha luogo in uno dei templi del sapere del nostro paese. Questi eventi rappresentano occasioni uniche di incontro e di dibattito tra chi a livello europeo è impegnato nella redazione di norme dal grande impatto economico e sociale e chi a livello nazionale è chiamato ad applicarle.

Avendo ricoperto il ruolo di regolatore sia a livello nazionale che europeo, conosco bene le difficoltà che l'applicazione concreta delle norme europee possa comportare. Se mi si consente una metafora schermistica, a Bruxelles si lavora molto in punta di fioretto poiché si opera sul piano astratto della produzione normativa. A livello nazionale, si usa molto di più la sciabola poiché nell'applicare le norme emergono le difficoltà legate alla complessità del reale.

Il confronto tra questi due piani (quello europeo e quello nazionale) deve essere quindi continuo e non fermarsi alla fase di progettazione delle norme, ma continuare nella fase di implementazione. Nel parlarvi della riforma della direttiva sui

* Le opinioni espresse in questo articolo sono personali e non rappresentano necessariamente la posizione della Commissione Europea.

servizi di media audiovisivi (direttiva SMAV)¹, vorrei quindi offrire il mio personale racconto di come sono nate certe scelte e perché certe norme sono state formulate in un certo modo, sperando che ciò possa fornire un piccolo contributo a chi tali norme dovrà poi interpretarle e applicarle².

2. La direttiva SMAV nel quadro della Strategia del mercato unico digitale

La revisione della direttiva SMAV è una delle sedici principali iniziative individuate dalla Commissione nella sua Strategia per il mercato unico digitale in Europa del 2015³. Nel valutare l'opportunità di modificare o meno la direttiva si è tenuto conto in particolare di come la stessa avesse raggiunto il suo obiettivo principale, garantendo la libera fornitura di servizi di media audiovisivi attraverso le frontiere e favorendo l'emergere di un mercato dinamico ed importante a livello europeo⁴. Si riteneva, pertanto, che la direttiva non necessitasse di profonde modifiche. Al contrario, i principi fondamentali e l'impianto normativo risultavano tuttora validi e andavano quindi confermati.

¹ Direttiva 2010/13/UE del Parlamento e del Consiglio del 10 marzo 2010 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), GU L 95 del 15 aprile 2010, pp. 1-24. Il quadro normativo europeo in questo settore risale al 1989. Lo scopo essenziale della normativa era duplice: (1) facilitare la libera circolazione dei servizi di trasmissione televisiva nel mercato interno; (2) salvaguardare alcuni obiettivi di interesse pubblico attraverso un'armonizzazione minima delle norme applicabili. Il quadro normativo è stato modificato successivamente nel 1997 e nel 2007 e codificato nella sua versione attuale nel 2010.

² Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio 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 in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato COM/2016/0287 final.

³ Comunicazione della Commissione, Strategia per il mercato unico digitale in Europa, COM(2015)192 final. Oltre alla direttiva SMAV, la Direzione Generale per le reti di comunicazione, il contenuto e le tecnologie si è occupata da vicino, tra le altre, delle seguenti iniziative: normativa relativa ai geoblocchi ingiustificati (*geo-blocking*), riforma del diritto d'autore, revisione della direttiva sulla trasmissione via satellite e via cavo (SatCab), riforma del quadro regolamentare sulle comunicazioni elettroniche, revisione della direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, le iniziative per la cibersecurity e la nuova normativa per la libera circolazione dei dati non personali.

⁴ Cfr. *Commission Staff Working Document, A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence*, SWD(2015) 100 final. Alla fine del 2013 si contavano quasi 9.000 canali TV nell'UE e circa 2.000 di essi avevano una dimensione transfrontaliera. Inoltre, alla fine del 2014 vi erano oltre 2.500 servizi *on demand* nell'UE, 195 dei quali costituiti in uno Stato membro e destinati a un altro Stato membro. Tra il 2009 e il 2013, i ricavi netti delle emittenti dell'UE sono cresciuti del 2,9% (da 69,6 a 71,6 miliardi di euro), mentre i ricavi "on demand" online (tasse incluse) sono passati da 248 milioni nel 2009 a 1.526 milioni (+ 515%).

Allo stesso tempo, il rapido sviluppo tecnologico dei nuovi media basati su Internet e il correlato diffondersi di modelli di business alternativi avevano profondamente mutato il paesaggio dell'audiovisivo rispetto al periodo in cui la direttiva attuale era stata concepita⁵. È un dato di fatto che gli spettatori oggi guardano meno la televisione tradizionale (la quale rimane purtuttavia un importante mezzo di trasmissione) e sempre più fruiscono di contenuti online con modalità e strumenti diversificati, inclusi dispositivi portatili come gli smartphone e i tablet⁶.

Nel quadro della strategia del mercato unico digitale era dunque necessario aggiornare la direttiva allo scopo di mantenerla al passo con l'evoluzione tecnologica e del mercato. Occorreva, in particolar modo, rivedere l'ambito d'applicazione delle norme allo scopo di renderle applicabili a tutti gli operatori del mercato, incluse le piattaforme di Internet. L'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva avrebbe dovuto riguardare, in particolare, le misure di promozione delle opere europee, le norme in materia di tutela dei minori e la disciplina pubblicitaria⁷.

Alla luce di quanto precede, si riteneva che una riforma mirata avrebbe consentito un percorso abbastanza rapido di approvazione in sede legislativa. Tali previsioni si sono, tuttavia, scontrate con una realtà politica piuttosto complessa che ha dilatato sensibilmente i tempi di negoziazione. Nel complesso, il processo legislativo è durato circa 29 mesi, dalla proposta della Commissione⁸ sino all'adozione ufficiale⁹. Dopo dieci riunioni nei cosiddetti "triloghi", nel giugno 2018 i rappresentanti del Parlamento e del Consiglio, insieme alla Commissione, sono avvenuti ad un accordo politico che ha spianato la strada all'adozione definitiva della nuova direttiva il 14 novembre 2018¹⁰.

3. Il principio del paese di origine

La direttiva SMAV poggia sul principio del "paese di origine". Secondo tale principio, un unico Stato membro esercita la giurisdizione su un fornitore di servizi

⁵ COMMISSIONE, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, cit., pp. 11 e 12.

⁶ Secondo *Commission Staff Working Document*, cit., p. 42, le Smart TV connesse in 21 mercati UE presi in considerazione sono cresciute da 5 milioni di dispositivi alla fine del 2011 fino a oltre 39 milioni nel 2014, con una previsione di ulteriore crescita di 118 milioni nel 2018. Negli stessi mercati, il numero di dispositivi connessi è aumentato da 590 milioni nel 2011 a 935 milioni nel 2014. Il traffico video su Internet era pari al 55% del totale alla fine del 2014. Si stima che quasi i tre quarti del traffico dati mobile del mondo saranno video entro il 2019.

⁷ COMMISSIONE, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, pp. 11 e 12.

⁸ La proposta della Commissione è stata adottata il 25 maggio 2016.

⁹ La firma ufficiale della direttiva ha avuto luogo il 14 novembre 2018.

¹⁰ Il Parlamento ha votato la riforma il 2 ottobre 2018 e il Consiglio il 6 novembre 2018.

di media per quanto riguarda la prestazione dei servizi oggetto della direttiva¹¹. Lo Stato membro competente, ossia il “paese di origine” del servizio, è identificato in base ai criteri di cui all’art. 2 della direttiva¹² e si contrappone ai paesi c.d. di destinazione del servizio, ossia i paesi in cui il servizio viene trasmesso e fruito. Tali paesi di destinazione non possono, salvo particolari eccezioni, esercitare un proprio controllo per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla direttiva su servizi provenienti da altri Stati membri¹³.

Il principio del paese di origine costituisce l’architrave concettuale della direttiva e la pietra miliare del mercato unico nel settore audiovisivo. Per effetto di tale principio, un fornitore di servizi di media audiovisivi è libero di fornire i propri servizi in tutti gli Stati membri, rimanendo soggetto alla giurisdizione di un solo Stato membro (lo Stato membro di origine). I vantaggi da un punto di vista del mercato interno nel settore audiovisivo sono evidenti, consentendo tale principio di abbassare i costi per i fornitori e di offrire maggiore scelta ai consumatori.

Nel presentare la proposta di riforma, la volontà chiara della Commissione¹⁴ era quindi di confermare il principio del paese di origine come caposaldo della direttiva, limitandosi ad equiparare la disciplina delle deroghe per servizi lineari e non lineari e a chiarire alcuni aspetti procedurali¹⁵. D’altro canto, proprio su questo punto sono emerse da subito alcune criticità. Sebbene esso presenti vantaggi considerevoli, il principio del paese di origine limita sensibilmente la sovranità nazionale in merito ai contenuti provenienti da un altro Stato membro¹⁶.

Fin dalle prime battute del processo legislativo, è emersa abbastanza chiaramente la propensione di alcuni Stati membri a rivedere la portata di tale principio,

¹¹ Cfr. Considerando 34 e 35 direttiva SMAV.

¹² Tale paese coincide in buona sostanza con lo Stato membro in cui il fornitore di servizi ha stabilito le sue principali attività, ossia lo Stato membro in cui è situata la sua sede principale e in cui vengono prese le decisioni editoriali relative ai servizi in questione. Criteri sussidiari specifici vengono dettati in relazione ai canali satellitari di operatori non stabiliti in alcuno Stato membro (cfr. art. 2(4)).

¹³ Si veda l’art. 3(1). L’art. 3(2) individua le condizioni e la procedura per derogare temporaneamente al principio del paese di origine, ad esempio, in presenza di più violazioni (almeno tre) delle norme della direttiva contro l’incitamento all’odio (art. 6) e quelle a protezione dei minori (art. 27). L’art. 4 della direttiva prevede che il paese di destinazione possa, al verificarsi di alcune condizioni e sulla base di una specifica procedura, applicare le proprie norme nazionali più severe ai fornitori che si siano stabiliti in un altro Stato membro per aggirare, nei settori coordinati dalla direttiva, le norme più rigorose che le sarebbero applicabili se fossero stabiliti nel primo Stato membro.

¹⁴ COM(2016) 287 final.

¹⁵ Si veda in particolare la *Relazione alla proposta della Commissione*, p. 13.

¹⁶ Per una panoramica delle delicate questioni legate al principio del paese di origine, cfr ad esempio le sentenze della Corte di Giustizia nei casi C-34/95 – *Konsumentombudsmannen c. De Agostini and TV-Shop*, [1997] Racc. I-03843 e C-244-245/10 – *Mesopotamia Broadcast and Roj TV*, [2011] Racc. I-08777. Si vedano anche le decisioni della Commissione di applicazione dell’art. 3: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/lithuanias-decision-suspend-broadcast-russian-language-channel-rtr-planeta-complies-eu-rules>.

vuoi allo scopo di aumentare il controllo su canali considerati problematici¹⁷, vuoi allo scopo di tutelare la propria identità culturale¹⁸. Tutta la prima parte dei triloghi si è concentrata su questo snodo fondamentale. In questo contesto, la Commissione ha svolto un ruolo di “honest broker” allo scopo di trovare un difficile punto di equilibrio tra le diverse istanze sulla base di maggioranze riscalate.

Il risultato finale deve ritenersi a mio avviso fortemente positivo. Il principio del paese di origine rimane a tutti gli effetti l'architrave della direttiva anche dopo la riforma. Questo è un risultato di assoluta importanza per la tutela del mercato interno in quanto consente ai servizi audiovisivi di continuare a circolare liberamente in tutta l'Unione rimanendo soggetti esclusivamente alla giurisdizione del paese di origine.

Vi sono però alcune aperture significative dettate dalla necessità di venire incontro alle istanze nazionali. In primo luogo, la direttiva chiarisce le procedure relative alle deroghe, equiparando la disciplina per servizi lineari e quelli a richiesta¹⁹ e introducendo alcune nuove ipotesi di eccezioni in caso di rischi in materia di sicurezza e salute pubblica²⁰. In secondo luogo, la riforma introduce delle procedure accelerate in caso di pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo o di rischi relativi alla sicurezza pubblica²¹.

In terzo luogo, la direttiva alleggerisce l'onere probatorio a carico degli Stati membri che intendano fare ricorso alla c.d. procedura anti-elusione di cui all'art. 4 della direttiva. In particolare, il nuovo art. 4 stabilisce che lo Stato membro che intende avvalersi di tale procedura non è tenuto a provare l'intenzione del fornitore di eludere, ma deve addurre elementi di prova ragionevoli in tal senso. Introducendo così tale concetto di presunzione “basata sui fatti” si potrebbe sostenere che l'onere della prova risulta in un certo senso alleggerito²².

¹⁷ Si veda la decisione della Commissione nel caso *Lituania/RTR Planeta*: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/lithuanias-decision-suspend-broadcast-russian-language-channel-rtr-planeta-complies-eu-rules>.

¹⁸ In questa ottica, si vedano anche le modifiche introdotte alla disciplina delle opere europee.

¹⁹ L'art. 3 della direttiva 2010/13 prevede discipline distinte per i servizi lineari e quelli a richiesta. Inoltre, l'art. 4 sulla procedura anti-elusione è applicabile solo ai servizi lineari. La nuova direttiva prevede una disciplina unica per tutti i servizi.

²⁰ Il nuovo art. 3 prevede che possa esservi una deroga nei seguenti nuovi casi: (1) pregiudizio o rischio serio e grave di pregiudizio per la salute pubblica (paragrafo 2), (2) pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo di cui all'art. 5 della direttiva (UE) 2017/541 (paragrafo 4); (3) pregiudizio o rischio grave e serio di pregiudizio per la pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale.

²¹ La norma prevede una procedura accelerata nei casi riguardanti la pubblica provocazione al terrorismo e la sicurezza pubblica. In questi casi, sono richieste due violazioni invece che tre. Inoltre, in questi casi è prevista una procedura eccezionale in casi urgenti che consente ad uno Stato membro di agire dopo la prima violazione al rispetto di determinate condizioni.

²² Giova, comunque, notare che l'attuale art. 4 non richiede espressamente la prova dell'intenzione soggettiva del fornitore di aggirare le norme del paese di destinazione. Sotto questo aspetto, la

Un'altra importante "apertura" riguarda le norme relative alla promozione delle opere europee ed in particolare il nuovo art. 13(2) della direttiva. Tale norma consente agli Stati membri di destinazione di imporre a determinate condizioni degli obblighi contributivi in capo ai fornitori sotto la giurisdizione di un altro Stato membro²³. La norma in questione era già contenuta nella proposta della Commissione. Tuttavia, nella proposta della Commissione questa era limitata ai servizi non lineari, alla luce della loro tendenziale portata transnazionale. Il co-legislatore in sede di triloghi ha, tuttavia, inteso estendere la norma anche ai servizi lineari.

Un altro dibattito molto complesso ha riguardato il concetto di tutela della dignità umana²⁴. La formulazione di un obbligo generico di tutela della dignità umana, peraltro già incluso nella Carta dei diritti fondamentali, che potesse legittimare deroghe al principio del paese di origine sollevava alcune preoccupazioni. Il risultato finale riflette una soluzione di compromesso: il nuovo art. 6 richiama in termini generali l'obbligo degli Stati membri di rispettare la dignità umana, ma non introduce un obbligo specifico ai sensi della direttiva²⁵.

4. *Autorità indipendenti ed ERGA*

Il rafforzamento dell'indipendenza delle autorità di regolamentazione costituisce senza dubbio un tassello fondamentale della riforma. Il nuovo art. 30 della direttiva esige, infatti, che le autorità siano giuridicamente indipendenti dal governo

norma in questione potrebbe anche essere letta come un chiarimento della prassi attuale. Per un approfondimento, si veda la decisione della Commissione ai sensi dell'art. 4 riguardante una notifica della Svezia: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-decides-swedish-ban-alcohol-advertising-not-compatible-eu-rules>.

²³ L'art. 13(2) recita che: «Nel caso in cui gli Stati membri chiedano ai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione di contribuire finanziariamente alla produzione di opere europee, anche attraverso investimenti diretti nei contenuti e contributi ai fondi nazionali, possono anche chiedere ai fornitori di servizi di media che si rivolgono al pubblico nei loro territori pur essendo stabiliti in altri Stati membri di contribuire finanziariamente con contributi proporzionati e non discriminatori». Il paragrafo 3 specifica le modalità di calcolo della quota di contribuzione disponendo che: «Nel caso di cui al paragrafo 2, i contributi finanziari sono basati esclusivamente sulle entrate provenienti dagli Stati membri destinatari dei servizi. Se lo Stato membro in cui è stabilito il fornitore di servizi di media impone siffatto contributo finanziario, esso tiene conto degli eventuali contributi finanziari imposti dagli Stati membri destinatari dei servizi. I contributi finanziari devono essere conformi al diritto dell'Unione, in particolare alle norme in materia di aiuti di Stato».

²⁴ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea consacra la dignità come diritto fondamentale all'art. 1 della stessa: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

²⁵ L'art. 6 della nuova direttiva SMAV dispone che: «Fermo restando l'obbligo degli Stati membri di rispettare e proteggere la dignità umana, gli Stati membri assicurano mediante appositi mezzi che i servizi di media audiovisivi erogati dai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione non contengano: (a) istigazione alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o un membro di un gruppo sulla base di uno dei motivi di cui all'art. 21 della Carta; (b) alcuna pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo di cui all'art. 5 della direttiva (UE) 2017/541».

e funzionalmente indipendenti dai governi e da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato. L'indipendenza delle autorità di regolamentazione rappresenta un elemento di continuità con altre iniziative facenti parte della Strategia del mercato unico digitale. Occorre citare a tale riguardo il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, la revisione della direttiva ePrivacy e il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, tutti strumenti che impongono il requisito fondamentale di indipendenza.

L'obiettivo perseguito dalla riforma sotto questo profilo è duplice. Da un lato, l'indipendenza delle autorità di regolamentazione è garanzia democratica di neutralità nell'applicazione delle norme a tutela di valori fondamentali quali il pluralismo, la libertà di espressione, la diversità culturale e la tutela dei minori e dei consumatori²⁶. Dall'altro lato, l'indipendenza delle autorità di regolamentazione contribuisce all'integrità del mercato interno, garantendo in particolare che la concorrenza non sia falsata da una regolamentazione parziale²⁷.

Occorre sottolineare che la direttiva si limita ad un'armonizzazione minima, lasciando agli Stati membri la facoltà di adottare norme più dettagliate o severe. In particolare, la direttiva prevede una serie di requisiti di base, richiedendo che gli Stati membri assicurino che le autorità nazionali di regolamentazione:

- siano giuridicamente indipendenti dal governo e funzionalmente indipendenti dai rispettivi governi e da qualsiasi altro organismo pubblico o privato;
- non sollecitino o accettino istruzioni da alcun altro organismo per l'esercizio delle loro funzioni;
- esercitino i propri poteri in modo imparziale e trasparente;
- abbiano competenze e poteri chiaramente definiti dalla legge;
- dispongano di risorse adeguate e di poteri esecutivi sufficienti per svolgere le proprie funzioni in modo efficace.

Inoltre, gli Stati membri devono istituire procedure trasparenti per la nomina e la revoca del mandato del presidente e dei membri dell'organo collegiale dell'autorità.

L'accettazione da parte degli Stati membri di tali requisiti stringenti nel settore audiovisivo, con le limitazioni di sovranità che ne derivano, era tutt'altro che scontata. Un ulteriore elemento di complessità era rappresentato dalla necessità di adattare le nuove norme ai contesti nazionali articolati quali quelli degli Stati a struttura federale caratterizzati da una molteplicità di organismi regolatori a livello re-

²⁶ Cfr., ad esempio, la Valutazione d'impatto della Commissione che accompagna la Proposta di direttiva, Commission Staff Working Document, COM(2016) 287 final, SWD(2016) 169 final, in particolare pp. 10-11.

²⁷ Cfr. *Valutazione d'impatto*, cit., p. 10: «A captive regulator may treat differently the various players competing on the same market clearly distorting competition. This is why many EU regulatory frameworks in other domains (i.e. telecom, gas, electricity, postal services and personal data protection) mandate regulatory independence».

gionale o settoriale²⁸. Nonostante queste difficoltà, la maggior parte degli Stati membri ha accolto positivamente tale innovazione. Il consenso raggiunto su questo punto rappresenta senza dubbio una svolta cruciale rispetto alla passata disciplina, che non disciplinava affatto la struttura delle autorità nazionali. Allo stesso tempo, esso è un'ulteriore dimostrazione di coesione dell'Unione su valori fondamentali di carattere democratico e pluralista che fa ben sperare per il futuro.

Per quanto riguarda il ruolo dei regolatori, credo sia necessario sottolineare anche l'importanza del Gruppo dei regolatori europei per i servizi di media audiovisivi (ERGA). Il ruolo di ERGA esce indubbiamente rafforzato dalla riforma²⁹. Il Gruppo, che esiste sin dal 2014, acquisisce grazie alla nuova direttiva uno status ufficiale ed un ruolo di primaria importanza nella tutela del mercato interno. Oltre a rappresentare un forum di dialogo e di scambio di esperienze e "best practices" per le autorità nazionali di regolamentazione, il Gruppo coadiuverà il lavoro della Commissione nell'attuazione coerente della direttiva in tutti gli Stati membri.

L'importanza di un gruppo europeo che federi in un unico consesso i regolatori nazionali emerge chiaramente alla luce di esperienze positive in altri settori quali ad esempio quello della protezione dei dati (con il c.d. Gruppo Articolo 29, ormai rimpiazzato dal Comitato europeo della protezione dei dati) e delle comunicazioni elettroniche (con l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche). Come gruppo di esperti in materia dell'audiovisivo, ERGA ha lavorato egregiamente nel corso di questi anni. Allo scopo di valorizzare il suo contributo e garantirne continuità e autorevolezza nel tempo, si è deciso pertanto di formalizzare il suo ruolo nella nuova direttiva. Siamo molto fiduciosi del contributo che il Gruppo di regolatori potrà dare nei prossimi anni nell'implementazione della direttiva.

5. Le norme sulla pubblicità

In materia di pubblicità le novità non sono state particolarmente numerose. Cionondimeno, la riforma ha introdotto alcune importanti modifiche nell'ottica di una maggiore liberalizzazione del settore alla luce dell'evoluzione del mercato e della tecnologia. È noto che gli introiti pubblicitari stanno migrando sempre più

²⁸ Si vedano, a questo riguardo, le utili precisazioni di cui al considerando 53 della nuova direttiva.

²⁹ Le nuove norme rafforzano il ruolo del Gruppo dei regolatori europei per i servizi di media audiovisivi (ERGA) disciplinandolo direttamente nella direttiva e attribuendogli un ruolo chiaro ai fini della direttiva. Ad esempio, come gruppo di esperti della Commissione, ERGA fornirà competenze tecniche in diverse aree e aiuterà la Commissione nel suo ruolo di garantire un'implementazione coerente della direttiva in tutti gli Stati membri. Il Gruppo servirà anche da piattaforma per lo scambio di esperienze e *best practice* sull'applicazione del quadro normativo per i servizi di media audiovisivi: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-4093_en.htm.

dai canali televisivi tradizionali verso Internet. Già nel 2013 (cioè, prima della presentazione della proposta di riforma) si calcolava che la pubblicità televisiva nell'UE avesse perso oltre 300 milioni di EUR su 27 748 milioni di EUR di investimenti complessivi (- 1,1% rispetto al 2012). Pur rimanendo il mezzo preferito per la pubblicità (32% del mercato), si stimava che la pubblicità su Internet sarebbe divenuta probabilmente la principale piattaforma pubblicitaria nel giro di pochissimi anni, visto il suo rapido sviluppo (+ 8,4% rispetto al 2012) e la quota di mercato nel 2013 (27,4%)³⁰.

Se uno spettatore oggi ritiene che ci sia troppa pubblicità sulle emittenti di TV tradizionale (che sono sottoposte, da questo punto di vista, a un livello di regolamentazione che è forse eccessivo), è naturale che il pubblico stesso si orienti verso altre offerte, ad esempio online. Molte di queste offerte, infatti, non prevedono alcuna pubblicità o la prevedono in misura inferiore. Sotto questo aspetto, viene anche meno la necessità di regolamentare in maniera stringente il settore, vista l'accresciuta libertà di scelta del telespettatore.

Ferma restando la necessità di mantenere le norme quantitative, si è ritenuto quindi opportuno introdurre una maggiore flessibilità per la pubblicità in televisione. La nuova normativa concede perciò alle emittenti maggiore flessibilità rispetto alla fascia oraria in cui è possibile trasmettere gli annunci. Invece degli attuali 12 minuti all'ora, le emittenti potranno scegliere più liberamente quando trasmettere gli annunci nel corso della giornata, purché rispettino il limite complessivo del 20% nella doppia fascia oraria compresa tra le 6:00 e le 18:00 e tra le 18:00 e le 24:00.

La riforma inoltre procede verso un'ulteriore liberalizzazione del *product placement*. La direttiva 2010/13 predisponessa un divieto generale per la pratica in questione, salvo consentirla in alcuni casi eccezionali. La nuova norma capovolge l'approccio regolatorio consentendo l'inserimento di prodotti in generale, salvo proibirlo in alcuni casi speciali (e.g. notiziari, programmi religiosi o per i bambini). In concreto, quindi, la nuova normativa sdogana in maniera definitiva (salvo alcune eccezioni) l'inserimento di prodotti in tutti i programmi audiovisivi al rispetto di determinate condizioni (e.g. trasparenza).

È opportuno ricordare anche in questo caso che, come per tutte le altre norme della direttiva, anche le norme in materia di pubblicità sono norme di armonizzazione minima. Gli Stati membri sono quindi liberi di introdurre norme più severe o dettagliate, prevedendo limiti più stringenti sia sotto il profilo quantitativo (art. 23) che sotto quello qualitativo (e.g. artt. 9-11, 19-22)³¹.

³⁰ *Commission Staff Working Document*, cit., p. 43.

³¹ Ovviamente, in conformità al principio del paese di origine, tali norme saranno applicabili solo nei confronti dei fornitori che ricadono sotto la loro giurisdizione.

6. Le piattaforme di condivisione video

Veniamo dunque al tema scottante della regolamentazione delle piattaforme. Tra i principali obiettivi della Strategia del mercato unico digitale vi era senza dubbio quello di garantire un ambiente digitale sicuro, equo ed aperto. Le piattaforme online hanno acquisito ormai un'importanza economica e sociale innegabili. Esse stimolano l'innovazione e la crescita nel quadro dell'economia digitale e svolgono un ruolo decisivo nello sviluppo della società. Allo stesso tempo, nella Strategia sul mercato unico digitale, la Commissione notava come le stesse potessero destare preoccupazione alla luce del potere di mercato di alcune di esse e della loro notevole popolarità specie tra i giovani³².

Oggiogiorno, le piattaforme sono divenute un veicolo primario di fruizione e condivisione di materiale audiovisivo. Il solo YouTube ha circa 1,9 miliardi di utenti registrati che consumano fino a un miliardo di video al giorno. Si stima che il consumo di televisione lineare per persona nei cinque Stati Membri principali dell'UE sia calato costantemente dal 2012 al 2017. Il consumo di video online è invece cresciuto nello stesso periodo di circa il 500%³³. Tali dati militavano chiaramente a favore di un intervento normativo.

Dal punto di vista giuridico, tuttavia, si poneva il problema della compatibilità della regolamentazione delle piattaforme di condivisione video con la direttiva sul commercio elettronico³⁴. La caratteristica principale delle piattaforme, che le differenzia dai fornitori di servizi di media audiovisivi sia lineari che a richiesta, sta nella tendenziale assenza di responsabilità editoriale per quanto riguarda il contenuto ospitato. Esse sono intermediari, ossia servizi di "hosting". Ai sensi della direttiva sul commercio elettronico, tali servizi godono di una generale esenzione di responsabilità³⁵. La stessa direttiva vieta, inoltre, agli Stati membri di porre in capo alle piattaforme un obbligo generale di sorveglianza del contenuto caricato dagli utenti³⁶.

Le nuove norme sulle piattaforme nella direttiva SMAV si pongono pienamente in linea con la logica della direttiva commercio elettronico ed in particolare con il c.d. principio del "notice and take down". La direttiva sul commercio elettronico, infatti, non pregiudica l'obbligo delle piattaforme di rimuovere i contenuti illeciti di cui la piattaforma sia a conoscenza³⁷. Anzi, essa sancisce il principio in base al

³² Cfr. COMMISSIONE, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, cit., p. 9.

³³ Cfr., ad esempio, *HIS Markit Report on Cross-Platform Television Viewing Time*, 2017.

³⁴ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»).

³⁵ Direttiva sul commercio elettronico, artt. 12-14.

³⁶ Direttiva sul commercio elettronico, art. 15.

³⁷ Direttiva sul commercio elettronico, art. 14.

quale la piattaforma conserva la propria esenzione di responsabilità a patto che si attivi per la rimozione di contenuti illeciti di cui sia venuta a conoscenza (*notice and take down*)³⁸. Inoltre, il preambolo della direttiva SMAV chiarisce che le misure appropriate che le piattaforme devono mettere in atto ai sensi dell'art. 28-bis per tutelare i minori e il grande pubblico «riguardano l'organizzazione dei contenuti e non i contenuti in quanto tali»³⁹, garantendo in questo modo il rispetto del divieto generale di sorveglianza di cui alla direttiva sul commercio elettronico.

Ciò detto, la nuova direttiva SMAV rivoluziona il quadro giuridico applicabile alle piattaforme sotto almeno due profili. Innanzitutto, essa rappresenta il primo caso a livello europeo di regolamentazione specifica delle piattaforme di Internet con riferimento al(la organizzazione del) contenuto ospitato. In secondo luogo, la direttiva SMAV impone degli obblighi in relazione non solo a contenuti illeciti, bensì anche in relazione ad alcuni contenuti leciti, ma considerati dannosi per il pubblico o alcuni soggetti vulnerabili (i.e. i minori).

Sotto entrambi i profili sopramenzionati la direttiva SMAV apporta elementi di assoluta novità e importanza nella regolamentazione delle piattaforme di Internet. In conformità al dettato della direttiva sul commercio elettronico, il legislatore europeo si è sempre astenuto dall'imporre obblighi di monitoraggio, garantendo così in modo ampio la spinta all'innovazione e lo sviluppo delle piattaforme⁴⁰. La direttiva SMAV non modifica questo approccio. Essa, tuttavia, apporta alcuni cor-

³⁸ Si veda a questo riguardo, ad esempio, Comunicazione della Commissione, Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online COM/2017/0555 final, p. 12: «In conformità all'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico, i prestatori di servizi che rientrano nell'ambito di applicazione di tale disposizione possono beneficiare della deroga alla responsabilità solo a due condizioni, segnatamente: a) non siano effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non siano al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agiscano immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

³⁹ È opportuno citare il considerando 48 nella sua interezza: «In considerazione della natura del coinvolgimento dei fornitori nei contenuti messi a disposizione sui servizi di piattaforma per la condivisione di video, le misure appropriate per tutelare i minori e il grande pubblico dovrebbero riguardare l'organizzazione dei contenuti e non i contenuti in quanto tali. I requisiti al riguardo stabiliti dalla direttiva 2010/13/UE dovrebbero pertanto applicarsi fatti salvi gli artt. da 12 a 14 della direttiva 2000/31/CE, che prevede un'esenzione dalla responsabilità per le informazioni illecite trasmesse, ovvero memorizzate in maniera automatica, intermedia e temporanea, ovvero memorizzate da taluni fornitori di servizi della società dell'informazione. Nelle prestazioni di servizi di cui agli artt. da 12 a 14 della direttiva 2000/31/CE, tali requisiti dovrebbero applicarsi anche fatto salvo l'art. 15 di tale direttiva, che non impone ai fornitori un obbligo generale di sorveglianza di tali informazioni né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, senza tuttavia riguardare gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lasciando impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo il diritto nazionale».

⁴⁰ Vedasi a riguardo, la Comunicazione della Commissione, e piattaforme online e il mercato unico digitale Opportunità e sfide per l'Europa, COM/2016/0288 final.

rettivi mirati laddove necessario per garantire la tutela di interessi fondamentali quali la tutela dei minori.

7. Opere europee

Le norme sulla promozione delle opere europee sono quelle che hanno fatto forse più notizia in quanto estendono ai fornitori non lineari alcuni oneri contributivi che prima erano quasi esclusivamente a capo dei fornitori tradizionali⁴¹. Prendendo atto della sempre maggiore diffusione e importanza dei servizi a richiesta, la riforma mira dunque a rafforzare l'onere contributivo in capo a tali servizi.

In base alle nuove norme, le emittenti televisive continueranno a essere obbligate a riservare ad opere europee la maggior parte del loro tempo di trasmissione. Per quanto riguarda i servizi di video a richiesta, la nuova direttiva richiede che almeno il 30% (20% nella proposta della Commissione) dei cataloghi di tali fornitori sia composto da contenuti europei e che venga garantita adeguata visibilità a tali contenuti.

Le nuove norme prevedono anche un'esenzione obbligatoria per le imprese con un fatturato o un pubblico di modesta entità⁴². A questo riguardo, la direttiva demanda alla Commissione il compito di adottare delle linee direttrici sull'interpretazione di tali concetti⁴³. Gli Stati membri possono inoltre derogare a tali quote qualora, data la natura o il tema dei servizi audiovisivi a richiesta, essi siano impraticabili o non giustificati⁴⁴.

Infine, la direttiva consente espressamente agli Stati membri di chiedere ai fornitori di servizi di media che si rivolgono al pubblico nei loro territori, pur essendo stabiliti in altri Stati membri, di contribuire finanziariamente con contributi proporzionati e non discriminatori alla produzione di opere europee. Giova sottolineare come la proposta iniziale della Commissione fosse limitata ai fornitori di servizi non lineari, ossia ai *video on demand*. Una tale innovazione sembrava compatibile con la natura principalmente transnazionale dei cataloghi a richiesta⁴⁵. Il co-legisla-

⁴¹ Cfr. *Valutazione d'impatto*, cit., pp. 8-9.

⁴² Art. 13(6): «L'obbligo imposto ai sensi del paragrafo 1 e la prescrizione relativa ai fornitori di servizi di media che si rivolgono al pubblico in altri Stati membri di cui al paragrafo 2 non si applicano ai fornitori di servizi di media aventi un fatturato o un pubblico di modesta entità».

⁴³ Art. 13(7).

⁴⁴ Art. 13(6): «Gli Stati membri possono altresì disapplicare tali obblighi o prescrizioni nei casi in cui questi sarebbero impraticabili o ingiustificati a causa della natura o dell'oggetto dei servizi di media audiovisivi».

⁴⁵ I principali fornitori di servizi di cataloghi a richiesta sono accessibili nella maggior parte del territorio dell'Unione europea, laddove i servizi lineari hanno spesso dimensione e portata più limitata ad uno o più Stati membro.

tore europeo, specie su spinta di alcuni Stati membri, ha tuttavia deciso di estendere tale principio anche ai fornitori di servizi lineari.

Nel complesso, si ritiene che il rafforzamento della promozione delle opere europee per i servizi a richiesta porterà ad un'offerta più ampia e diversificata ai cittadini europei. Ciò avrà un impatto positivo sulla diversità culturale e creerà maggiori opportunità per i creatori europei.

8. Conclusioni

Come accennato in sede introduttiva, la riforma della direttiva SMAV non si pone l'obiettivo di rivoluzionare il quadro normativo vigente. Essa parte, piuttosto, dal presupposto che la direttiva possa essere annoverata tra i successi della costruzione europea e del mercato interno. La *ratio* della riforma è stata piuttosto quella di operare interventi mirati e intelligenti laddove ciò fosse necessario in virtù degli sviluppi del mercato e della tecnologia. In quest'ottica pare più opportuno parlare, pertanto, di evoluzione del quadro normativo, piuttosto che di una vera e propria rivoluzione.

Purtuttavia, la direttiva SMAV innova in maniera fondamentale su almeno tre fronti. Innanzitutto, con essa l'Unione europea si dota di un insieme di regole moderne volte a "responsabilizzare" – in linea con la direttiva commercio elettronico – le piattaforme di condivisione video imponendo misure a tutela del pubblico e in particolare dei giovani utenti. In secondo luogo, nel settore della promozione delle opere europee, la direttiva rafforza sensibilmente gli obblighi di contribuzione degli ormai popolarissimi fornitori di cataloghi a richiesta, aprendo così la strada ad una maggiore diversità culturale nel panorama audiovisivo europeo. Infine, la nuova direttiva sancisce il fondamentale principio dell'indipendenza dei regolatori nazionali, garanzia particolarmente importante a presidio dei valori democratici del pluralismo, della libertà d'informazione e dell'integrità del mercato interno.

Si apre ora una fase di recepimento complessa in cui la palla passa in mano al legislatore nazionale per la trasposizione e ai regolatori e ai giudici per l'applicazione concreta delle nuove norme. Il periodo di trasposizione sufficientemente lungo (21 mesi) pare idoneo a consentire una trasposizione completa e puntuale delle nuove norme. Viste le complessità tecniche e giuridiche sollevate da alcune norme, sarà, tuttavia, necessario non perdere tempo. La Commissione è pronta a vigilare e soprattutto a fornire un sostegno concreto fin da subito con varie azioni di supporto. Il dialogo con le autorità nazionali (ad esempio nell'ambito del Comitato di contatto e in ERGA) è già iniziato e continuerà nei prossimi mesi allo scopo di garantire il recepimento completo e puntuale delle nuove norme.