
GIAN MICHELE ROBERTI - VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

LE LINEE GUIDA DEL D.LGS.

15 MARZO 2010, N. 44

(« DECRETO ROMANI »)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Lo sfondo. — 3. Il « campo di gioco ». — 4. Le « locomotive ». — 5. L'ordine delle norme. — 6. Le definizioni. — 7. La distinzione lineare/non lineare. — 8. Palinsesti e responsabilità. — 9. La tutela dei diritti di proprietà intellettuale. — 10. I brevi estratti di cronaca. — 11. La tutela dei minori. — 12. La pubblicità. — 13. Il *product placement*. — 14. Le attribuzioni del Governo e dell'Autorità. — 15. La concorrenza e il pluralismo. — 16. Conclusioni.

1. PREMESSA.

Il recepimento della direttiva 2007/65/CE dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE « relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive » ha posto una serie di questioni di principio e di tecnica di non immediata soluzione.

Con riguardo alle prime — di cui si tratterà diffusamente — il (tardivo) riconoscimento comunitario come attività di prestazione di servizi di contenuti audio video — come tali ontologicamente parificabili ad analoghi servizi già da tempo offerti sul mercato da una pluralità di imprese — e la equiparazione delle piattaforme trasmissive ha richiesto, soprattutto su quest'ultimo punto, una rilettura della normativa che si era stratificata nel corso degli ultimi sette lustri in Italia.

Dal punto di vista della tecnica, il recepimento soffre, in partenza, della scelta comunitaria di emendare l'archeologico testo della direttiva 89/552/CEE (c.d. direttiva « Televisione senza frontiere »). Sicché si è imposta la necessità di individuare, nella legislazione italiana, quelle parti che ne costituiscono trasposizione, sostituendole.

* Relazione al Convegno *Il recepimento della direttiva « Servizi media audiovisivi » e il futuro delle televisioni digitali* svoltosi

presso l'Università degli Studi di Roma Tre il 17 marzo 2010. Il testo del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 è riportato *infra* a p. 157.

All'interno degli aspetti tecnici vi è anche quello terminologico, che ha comportato l'allineamento dell'apparato definitivo italiano a quello comunitario, anche al fine di assicurare l'obiettivo della piena e libera circolazione dei servizi audiovisivi nell'ambito dell'Unione Europea.

Alla luce di queste preliminari considerazioni si inserisce la scelta del legislatore delegato di articolare in due parti il decreto di recepimento, una prima dedicata alle principali innovazioni; la seconda ai conseguenti adeguamenti e coordinamenti. Il risultato, peraltro, può essere valutato compiutamente solo esaminando l'impianto definitivo del T.U. dei servizi media audiovisivi, come ora si intitola il D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177. Le pagine che seguono mirano ad offrire una lettura del sistema coerente con lo sviluppo che i « servizi media audiovisivi » hanno avuto nel corso di questi ultimi decenni.

2. LO SFONDO.

Un breve sguardo al passato. È noto che la Direttiva Televisione senza frontiere, adottata nel 1989 e limitatamente emendata nel 1997, è stato un intervento normativo circoscritto, essenzialmente funzionale al processo di completamento del mercato interno europeo. I « considerando » dell'atto sono, è vero, arricchiti da ripetuti riferimenti a principi e valori non economici, principalmente afferenti alla tutela del pluralismo e della specificità e diversità culturale; ma si tratta, appunto, di enunciazioni, che trovano poi un riscontro molto limitato (e, a ben vedere, nessun vero riscontro) nell'articolato del provvedimento. In sostanza, dunque, la Direttiva si configura come un tipico intervento di armonizzazione parziale e minimale, finalizzato alla liberalizzazione su scala europea dello stabilimento e della libera prestazione dei servizi; l'atto, fondato sugli (allora) artt. 57, par. 2, e 66 del Trattato CEE, si limita dunque ad armonizzare (taluni) regimi nazionali, suscettibili di comportare (potenziali) ostacoli agli scambi infra-comunitari, non superabili mediante il mero ricorso al principio cd. del mutuo riconoscimento. In tale prospettiva, la Direttiva (oltre alla disciplina del diritto di replica ed alla limitata aggiunta del regime delle cd. « finestre in chiaro », disposta dall'emendamento del 1997) agisce su:

— i regimi che principalmente potevano dar corso ad interventi nazionali interdittivi: vale a dire, i vincoli (di vario tipo) alle comunicazioni pubblicitarie ed i regimi, tipicamente « censorii », attinenti alla protezione del pubblico (in particolare dei minori) da programmazioni pornografiche, eccessivamente violente e comunque offensive per il comune sentire;

— la « protezione » del patrimonio culturale europeo: profilo questo, peraltro, affrontato e risolto in chiave essenzialmente economica, e cioè mediante un istituto — le quote di produzione — tipicamente protezionistico e che, se per un verso appare coerente

con gli interessi della *produzione* audiovisiva europea, non è necessariamente coerente (anzi, secondo alcuni, in contraddizione) con genuini obiettivi di promozione e tutela culturale. Tale regime si configura in sostanza come una caratteristica « misura di accompagnamento » di un intervento di armonizzazione normativa; nella specie volto a far sì che il valore aggiunto generato dall'abolizione delle frontiere non si trasformi in una omogeneizzazione « verso il basso » del prodotto e, soprattutto, non vada ad esclusivo o prevalente beneficio di produzioni di oltre-atlantico.

Questi, dunque, perimetro e *ratio* della Direttiva originaria. In breve tempo, peraltro, tale (circoscritto) impianto entra in « tensione » sotto l'influsso di fattori evolutivi tecnologici ed economici determinanti, a loro volta, significative implicazioni giuridiche.

3. IL « CAMPO DI GIOCO ».

Due i profili *tecnologici* più rilevanti: digitalizzazione e convergenza. È noto che la prima, con la digitalizzazione dei segnali, ha condotto ad un esponenziale aumento delle capacità trasmissive. Ciò permette di incrementare *volume* e *tipologia* dei servizi veicolabili; da pochi « canali » analogici tradizionali si passa in breve tempo ad un panorama connotato da una *pluralità* di contenuti, canali e *bouquet*, nonché all'affermarsi di servizi caratterizzati da elementi più o meno sofisticati di interattività (PPV, NVOD, VOD).

A sua volta, la digitalizzazione è all'origine dei processi di convergenza, peraltro già da tempo consolidati nel settore delle telecomunicazioni. La tecnologia numerica consente, molto più di quella analogica, la veicolazione di diverse tipologie di servizi su una stessa piattaforma trasmissiva (convergenza sulla piattaforma) e, reciprocamente, la veicolazione di uno stesso servizio su piattaforme diverse (convergenza delle piattaforme). Da corrispondenze rigorosamente biunivoche — canale-TV, voce-telefono — che fanno ancora parte del nostro patrimonio di ricordi personali, si perviene ad uno scenario multi-funzionale, tipico dell'esperienza delle generazioni più giovani, dove *tutto è veicolabile su tutto*.

L'accennata evoluzione dal lato dell'*offerta* è all'origine di una marcata trasformazione dei modelli di *domanda*. Banalmente, la moltiplicazione dell'*offerta* e la convergenza moltiplicano le possibilità di scelta. Se l'utente audiovisivo è immerso in un ambiente in cui dispone di più contenuti (dal canale, ai cataloghi/*bouquet*), di più modalità di fruizione (dalla visione passiva, all'interattività) e di più mezzi di fruizione (dal televisore tradizionale, al PC e a diverse configurazioni di terminali mobili), ne consegue che può *selezionare* a proprio gradimento *cosa, come, dove e quando vuole*, diventando in qualche modo, se non l'editore, quanto meno il « confezionatore di contenuti » di sé stesso.

Naturalmente, le abitudini ed i modelli di consumo si trasformano e, necessariamente, cambia il mercato. In presenza di un'of-

ferta plurale e convergente, il consumatore sceglie all'interno di una « rosa » di possibilità molto più estesa. Si instaurano, sul piano economico, nuovi rapporti di fungibilità e, conseguentemente, nuove forme di concorrenza.

Due, a nostro avviso, gli aspetti *economici* di maggior rilievo.

i) *L'allargamento del « compasso » concorrenziale.*

Sul piano oggettivo, l'evoluzione dal palinsesto tradizionale al « catalogo » (o meglio, al palinsesto personalizzato) delinea un ampliamento del confronto fra contenuti editoriali.

Sul piano soggettivo, si sviluppano nuovi rapporti concorrenziali. Sia fra imprese prima operanti in settori distinti, sia fra imprese tradizionalmente operanti a diversi livelli della catena del valore. Ad esempio, *broadcaster* tradizionali vengono a confrontarsi con operatori di telecomunicazioni o aggregatori di *bouquet* satellitari. E imprese operanti su Internet (un esempio per tutti, Google) trasformano il proprio servizio (in origine un motore di ricerca) in un sempre più esteso ed articolato catalogo audiovisivo (si pensi ai cataloghi organizzati e proposti da YouTube, oggi controllata dalla stessa Google). Ed ancora, produttori di *hardware* (Apple) o *software* (Microsoft o la stessa Apple) si propongono come aggregatori e prestatori di servizi tipicamente audiovisivo, mediante *partnership*, o anche integrazioni strutturali, con titolari di contenuti editoriali (si pensi al fenomeno di iTunes, per i contenuti audio, e, soprattutto, all'emergente Apple TV).

ii) *Disomogeneità del confronto concorrenziale.*

Ma sul nuovo e più ampio « campo di gioco » disegnato dall'evoluzione tecnologica i giocatori non sono tutti eguali. Ciascuno eredita fattori di forza o di debolezza, leve o vincoli, che ne connotano la posizione competitiva.

E ciò, per giunta, in un'arena che sotto la spinta di fenomeni innovativi (talvolta rapidissimi) si modifica a sua volta, aprendo spazi ed opportunità nuove.

I fenomeni sono complessi e, come detto, evolutivi. Per restare a realtà già note e in certa misura radicate nel mondo radiotelevisivo nazionale, basti richiamare che le piattaforme trasmissive, pur reciprocamente concorrenti, presentano connotati differenziali:

— il digitale terrestre beneficia certo dell'*atout* rappresentato dalla facilità di diffusione e fruizione, nonché dal fatto di essere percepito, in un certo senso, come la naturale evoluzione della televisione tradizionale; ma al contempo soffre, rispetto ad altre piattaforme, di obiettive limitazioni in termini di capacità, costi e livelli di interattività;

— il satellite a sua volta, ha al suo attivo il vantaggio di un'ampissima capacità (centinaia di canali veicolabili), disponibile a costi contenuti e molto inferiori a quelli della trasmissione terrestre; la sua interattività, però, non è massima e la sua diffusione, in ter-

mini di « famiglie satellitari », dotate cioè di apparati DTH, sebbene estesa, non è (ancora) capillare (ciò che peraltro non costituisce un limite per le esigenze caratteristiche del mercato specifico della *pay-TV*);

— il « cavo » (espressione qui utilizzata in termini tecnici, comprensiva di tutti mezzi di trasmissione cablata) dispone di capacità anche superiori a quelle della trasmissione satellitare, presenta possibilità di diffusione capillare (ancorché potenziale, perché in parte condizionata da importanti investimenti infrastrutturali), ma soprattutto gode di un forte vantaggio comparativo nella misura in cui consente una completa interattività, potendo quindi costituire la modalità privilegiata per i servizi audiovisivi a richiesta (o non lineari), oltre che della possibilità di offerte integrate cd. *triple play* (telefonia, dati, audio video).

Si tratta di una schematizzazione, fra l'altro focalizzata sulla situazione italiana (in altri paesi europei lo scenario è diverso), ma già in sé sufficiente a rendere l'idea di come la tecnologia non sia necessariamente del tutto *neutrale* e come, conseguentemente la fungibilità inter-piattaforma, pur reale, sia in certa misura imperfetta.

Dal punto di vista del *giurista*, i fenomeni accennati pongono domande e sollecitano risposte di taglio diverso:

i) anzitutto, l'allargamento del « compasso concorrenziale » induce una *de-regolamentazione* che consente maggiori margini di libertà economica alle imprese (i *broadcaster*) soggette al regime previgente. Questa linea di sviluppo investe la normativa armonizzata in materia di comunicazioni pubblicitarie. La *ratio* della liberalizzazione (peraltro contenuta) propria del nuovo regime è facilmente intuibile: il consumatore che può autonomamente selezionare servizi all'interno di un'offerta plurale e convergente è meno « esposto » e vincolato del fruitore delle televisione analogica tradizionale all'impatto della pubblicità e, conseguentemente, meno « bisognoso » di tutela eteronoma. Di qui, in coerenza con il principio di proporzionalità, la possibilità, anzi l'esigenza, di un alleggerimento dei relativi vincoli europei;

ii) al contempo, l'allargamento del « compasso concorrenziale » postula nuove *regole comuni*. Regole comuni per *tutti* i servizi audiovisivi reciprocamente concorrenti e per *tutte* le imprese che li forniscono. Come già verificatosi nel mondo delle telecomunicazioni, si muove necessariamente da un approccio di tipo verticale (diverse regole per diverse attività) ad uno *orizzontale* (regole, almeno in parte, comuni per un insieme, sempre più ampio e trasversale, di attività). Come indicato, questo cambiamento di modello normativo è un fenomeno cui si è già assistito nel settore delle TLC, dove, dopo una prima fase in cui, negli anni novanta, l'intervento legislativo europeo ha agito segmento per segmento (incidendo, ad esempio, sulla telefonia fissa separatamente dalla telefonia mobile), con il cd. Nuovo Quadro Regolamentare del 2002, si è optato per una disciplina tra-

sversale, in principio applicabile all'insieme dei servizi di comunicazione elettronica e delle relative reti trasmissive;

iii) sotto altro profilo, infine, la disomogeneità del confronto concorrenziale, richiede che le regole (soggettivamente) comuni siano, almeno in parte, *regole differenziate*. Concorrenza è anche confronto di vantaggi/svantaggi comparativi; e la parità di *chances*, in chiave sostanziale, induce un'appropriata modulazione normativa per segmenti di attività e, in particolare, per reti e servizi che presentano caratteristiche ed esigenze diverse. Ancora una volta, l'esperienza legislativa del settore delle TLC è indicativa. Il Nuovo Quadro Regolamentare non a caso dispone, all'interno di un sistema sostanziale e procedurale comune, i principi, i criteri e le modalità, anche procedurali, per consentire alla regolamentazione di attuazione di adattarsi plasticamente alle esigenze dei diversi mercati interessati ed alle difformi situazioni e prospettive concorrenziali sugli stessi, di volta in volta, prevalenti.

Fattori tecnologici e realtà economiche in rapida, rapidissima, evoluzione e complesse implicazioni giuridiche costituiscono dunque lo sfondo composito che ha «interrogato» il legislatore della direttiva 2007/65/CE e su cui vanno lette e comprese le soluzioni e i modelli prefigurati. In particolare, come emerge dai plurianuali lavori preparatori, dai «considerando» della parte motiva e, soprattutto, dal regime dell'articolato, la «sfida» principale raccolta dal legislatore è consistita nel tracciare un punto di sintesi fra le esigenze di fondo dianzi indicate: un punto di equilibrio fra la previsione di uno «zoccolo» di disposizioni comuni più liberali ed il mantenimento, in un ottica di modulazione e flessibilità, di regimi parzialmente differenziati.

La soluzione prescelta consiste, com'è noto, nell'aver tracciato all'interno della nuova «famiglia» dei *fornitori di servizi di media audiovisivi* una linea di demarcazione fra due sottocategorie — i servizi lineari ed i servizi non lineari o a richiesta — e nell'aver giustapposto, ad un insieme minimo, e più «leggero», di *content regulation* applicabile a *tutti* gli operatori rientranti nella definizione generale, plessi di regole diverse per le due sottocategorie.

4. LE «LOCOMOTIVE».

Ciò premesso, venendo ad un esame di maggior dettaglio, metaforicamente il sistema che emerge dalla direttiva 2007/65/CE (che modificando la precedente direttiva «Televisione senza frontiere» ne ha anche mutato il nome in direttiva sui «Servizi di media audiovisivi»; di seguito, per brevità, designata come «Direttiva SMA») può essere rappresentato come un treno trainato da due locomotive cui sono agganciati una serie di vagoni. L'immagine serve ad indicare i limiti del sistema che poggia su due binari la cui destinazione finale è, tuttavia, incerta.

Volendo tuttavia cominciare dai fattori propulsivi questi sono:

i) La qualifica dell'attività televisiva come attività di servizi (« Servizi media audiovisivi », appunto);

ii) La equiparazione dell'attività indipendentemente dalle piattaforme che veicolano tali servizi.

a) La prima « locomotiva » rompe la finzione ideologico-giuridico-politica che rendeva l'attività televisiva qualcosa di diverso da tutte le altre attività, e che richiedeva dunque regole completamente diverse.

La seconda locomotiva, che potremmo definire il principio della neutralità tecnologica, a sua volta espressione della convergenza numerica, prende atto del fatto che, come precisato, le reti di comunicazioni elettronica possono veicolare messaggi digitali di ogni genere. Alcuni di questi possono qualificarsi come « servizi media audiovisivi », ma ciò che conta non è la piattaforma trasmissiva (satellitare, via cavo, via etere terrestre, fissa, mobile) ma il modo con il quale questi servizi vengono erogati. Questa locomotiva è potente ma, con ogni probabilità, nel giro di alcuni anni uscirà dai binari sui quali il legislatore comunitario l'ha voluta intradare e muoverà su terreni ben diversi.

Vale la pena sottolineare come la qualifica di « servizi media audiovisivi » sia una locomotiva trainante, ma arrivata dopo un lungo percorso di avvicinamento. A chiunque guardasse il fenomeno televisivo con occhi scevri da pregiudizi ideologici era evidente che l'impresa televisiva, quella commerciale che si era sviluppata ed affermata negli Stati Uniti d'America e, con grande fatica, aveva messo piede in Europa, era una tipica impresa erogatrice di servizi: da un lato acquisiva prodotti audiovisivi da singoli produttori (tipicamente i film, i documentari); oppure li realizzava in proprio (i notiziari, i « talk-show », gli spettacoli di varietà); li confezionava secondo un palinsesto con evidenti capacità editoriali (l'identità del canale, la prevedibilità della programmazione, la fidelizzazione dell'utente); e li offriva al pubblico. Gli economisti hanno fatto fatica a comprendere questo « mercato a due versanti » in cui l'impresa acquisiva o produceva servizi ad un costo, ma l'utente li riceveva gratuitamente, in quanto i ricavi provenivano dagli inserzionisti pubblicitari. Ma che si trattasse di servizi, non vi erano dubbi.

Per quale motivo solo con la Direttiva SMA il legislatore comunitario è pervenuto a una complessiva e coerente sistemazione della materia, completando l'*iter* inaugurato dalla Corte di Giustizia nella lontana sentenza Sacchi del 1974?

La prima ragione — evidente a chi guardi la storia della Comunità Europea con un pizzico di realismo — è che tutti i governi europei garantivano la centralità delle proprie emittenti pubbliche e nessuno era realmente interessato a privatizzare il servizio audiovisivo.

Il parallelo con la vicenda delle telecomunicazioni rende, ancora una volta, palese la situazione: nel 1985 sotto la spinta liberalizza-

trice del governo Thatcher, il Regno Unito approva il Telecommunications Act che apre il mercato delle comunicazioni elettroniche ai privati. Il chiaro intento è, anche, quello dell'espansione delle imprese britanniche sul continente; lo strumento giuridico è quello della libera prestazione di servizi. Ne segue un progressivo smantellamento dei monopoli nazionali, cominciando dalla Direttiva 301/1988 sui terminali di tlc per arrivare attraverso una mezza dozzina di altre Direttive, alla Direttiva «*full competition*» (19/1996). Ma appena raggiunto questo primo traguardo, già si guarda oltre, ed in poco più di un lustro si arriva al «pacchetto» del 2002 (Direttive 19, 20, 21 e 22).

Di qui un ulteriore balzo verso l'adeguamento con le Direttive 136 e 140/2009.

Le vicende radiotelevisive, in ambito comunitario, fanno invece il passo del gambero. Dopo l'approvazione della Direttiva 89/552/CEE (chiamata, forse ironicamente, «televisione senza frontiere») ed il suo modesto *maquillage* effettuato con la Direttiva 97/36/CE, l'unico fatto saliente è rappresentato dal c.d. Protocollo al Trattato di Amsterdam del 1997, la quale, nella sostanza, tutela i finanziamenti pubblici a favore delle emittenti controllate agli Stati membri. Le motivazioni politiche all'intervento sono bene esplicitate.

Così se uno confrontasse il quadro normativo sulle TLC *ante* 1988 con quello attuale non vi troverebbe nulla. Se invece guarda alla radiotelevisione si rende facilmente conto di quanto poco la normazione europea è cambiata e come essa segua molto tiepidamente le parole d'ordine di liberalizzazione e concorrenza.

Se dunque si deve prendere atto della stagnazione durata 18 anni (che diventano 20 se si calcolano anche i tempi per il recepimento), si deve pure comprendere che si è voltata pagina e i fattori tecnologici, trasportati dall'onda degli artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE, difficilmente potranno piegarsi alla discriminazione giuridica.

Il riferimento al TFUE serve anche per una lettura prospettica. È chiaro che il recepimento della Direttiva SMA nei 27 paesi membri darà inevitabilmente vita ad una serie di dubbi. La reale armonizzazione non potrà che passare attraverso una coerente applicazione dell'*acquis communautaire* in materia di servizi, pena il protrarsi di una nazionalistica frammentazione.

b) La seconda «locomotiva» è, come anticipato, la previsione che la Direttiva si applichi a tutti i servizi, quale sia la loro piattaforma di trasmissione o di ricezione.

Questo ha un effetto livellante rispetto a quei sistemi, fra cui quello italiano, in cui la regolamentazione, frutto di interventi stratificati e influenzata dai gruppi di pressione, si era disarticolata seguendo le diverse piattaforme: il satellite, il cavo, l'etere; e all'interno di quest'ultimo l'emittente locale, quella nazionale, quella comunitaria etc.

Tutto ciò poteva anche essere possibile in un sistema concessorio nel quale, al pari di altri settori, era lo Stato che decideva cosa si potesse produrre o vendere. In un regime di libera prestazione tutto ciò non ha più senso perché a monte vi è un titolo abilitativo tipico delle economie competitive: la autorizzazione.

La parificazione delle piattaforme ha una serie di effetti espansivi rispetto al pur innovativo Testo Unico del 2005.

In particolare attrae nella sfera della disciplina sia le trasmissioni satellitari che quelle via cavo, e tra queste ultime quelle che vengono veicolate dalla rete Internet.

Le implicazioni sono notevoli non solo dal punto di vista regolamentare, ma anche da quello propriamente politico. Il mondo di Internet viene percepito come un settore a bassissima regolazione, nel quale è possibile accedere ad una infinità — quasi nel senso matematico — di servizi. Anche a voler cercare di scolpire nel granito la definizione di « servizio media audiovisivo » è facile comprendere che una volta immesso nel vasto e indisciplinato « cyber-spazio » esso cambia veste e, naturalmente, tende a sottrarsi alla camicia di Nesso che le autorità comunitarie hanno pensato di fabbricare.

Ma non si tratta solo dell'influenza dell'« ambiente » sul servizio. Non può essere dimenticato l'insegnamento — fondativo della teoria della comunicazione e tuttora valido — formulato più di mezzo secolo fa da Marshall McLuhan e tuttora valido: « *Il medium è il messaggio* ». I « servizi media audiovisivi » nascono con la televisione « storica » la quale presuppone un apparecchio, un luogo, un pubblico. La rete Internet ormai è accessibile attraverso una molteplicità di apparecchiature terminali; è ubiqua; non conosce il giorno o la notte; la sua fruizione è tendenzialmente individuale e individualistica.

Tornando alle questioni più strettamente normative, la parificazione delle piattaforme costituisce l'indispensabile ed obbligato nesso regolamentare con la previsione contenuto nel « pacchetto » sulle comunicazioni elettroniche del 2002 che disciplina in eguale modo le reti pubbliche, quale che siano i servizi da esse veicolati. Dunque fin dal 2002 le reti erano assoggettate ad un unico regime. Se ciò, di fatto, non è avvenuto è perché la televisione continuava ad essere un brontosauo analogico in un mondo ormai popolato da scattanti predatori digitali.

La ragione dell'arretratezza è, assai semplicemente, legata all'assenza di (o alla frenatissima) concorrenza, la quale, nel settore delle comunicazioni elettroniche, ha incentivato l'innovazione tecnologica. Non vi è alcuna altra spiegazione al fatto che la digitalizzazione delle rete televisive è arrivata quando ormai tutto (dai telefoni agli impianti di riscaldamento; dalle cineprese ai giocattoli; dagli elettrodomestici alle automobili) era in tecnica digitale.

Dunque la previsione normativa ha potuto concretamente esplicarsi quando finalmente si è avviato il processo di creazione delle

reti televisive su digitale terrestre (TDT) che ormai ha preso l'abbrivio e si prevede sarà completato a breve.

La digitalizzazione delle reti televisive via etere terrestre le allinea a quanto già avveniva sulle reti satellitari e su quelle via cavo. E nel contempo rende non più futuribile quel processo di convergenza che si è dimostrato inarrestabile negli ultimi anni con riguardo al « telefono » e al « computer », e che ora include anche il « televisore ». In termini molto concreti ciò significa non solo l'accesso tramite il terminale televisivo ai contenuti già disponibili sulla rete, ma soprattutto, forme di fruizione fortemente personalizzate (cosa vedere, quando vederlo, dove vederlo).

Le conseguenze sono dunque quelle di una unica disciplina, amministrativa e contenutistica, la quale riduca al massimo le disparità fra piattaforme e fornisca solide ragioni alle eventuali differenziazioni.

Se quanto detto sicuramente vale nel breve periodo, è facile intuire che l'evoluzione tecnologica — una volta inglobate le reti « televisive » all'interno di quelle di comunicazione elettronica — tenderà a sottoporre a fortissima pressione la definizione di « servizi media audiovisivi » che riflette un archetipo che sempre di più sarà solo un ricordo e non una realtà esistente. Ed è facile prevedere che il primo paletto che « salterà » sarà quello dei « servizi non lineari » la cui nozione è scritta solo sulla carta, ma la cui differenza dai liberi « servizi della società dell'informazione » è già ora, per certi versi, impalpabile.

5. L'ORDINE DELLE NORME.

Avendo la legge delega previsto che il recepimento avvenisse — e non poteva essere diversamente — attraverso l'adeguamento del T.U. della radiotelevisione si colgono subito alcuni cambiamenti significativi, e non solo nella intestazione, che diventa « *Testo unico dei servizi di media audiovisivi* ».

È bene ricordare che il T.U. nasceva in larga parte dalla fusione della L. 112/2004 (la c.d. legge Gasparri, che ne costituiva l'ossatura), con quanto rimasto ancora in vigore della preistorica L. 103/1975 (quella che aveva vanamente cercato di mettere un freno alla montante ondata di radio e tv private), e della L. 223/1990 (la c.d. legge Mammi, che aveva iniziato un timido percorso verso il riconoscimento legislativo di una modica quantità di libertà di radiotelevisione).

La L. 112/2004, la cui gestazione era cominciata già nel 2002, ragionevolmente preoccupata di quelli che avrebbero potuto essere gli sviluppi interpretativi dell'appena introdotta competenza concorrente sull'« ordinamento della comunicazione » di cui al 3° comma dell'art. 117 Cost. aveva previsto una ampia serie di

norme di principio mirate ad assicurare una quanto più uniforme applicazione sul territorio nazionale.

La Corte Costituzionale ha poi provveduto a contenere le iniziali spinte espansive, e dunque, nella sostanza, in questi anni, l'intervento regionale è rimasto nella sostanza modesto.

Questo sembra aver indotto il legislatore delegato ad anteporre, come logicamente preliminari, le disposizioni sulla giurisdizione e sulle trasmissioni transfrontaliere (queste ultime in parte ripescate dall'art. 36 del T.U.), e a snellire non poco le norme di principio, ridistribuendo le disposizioni più propriamente dispositive negli articoli espressamente destinati a questo o a quell'aspetto. Il risultato finale è che mentre il T.U. sembrava un soggetto con una testa grandissima (i principi), esso appare ora più proporzionato anche se non privato di aspetti di principio innovativi, il più importante dei quali è la enunciazione esplicita dell'esigenza della protezione dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale.

6. LE DEFINIZIONI.

Come in tutte le direttive comunitarie le definizioni assumono un ruolo determinante perché fissano l'ambito di applicazione (e di non applicazione) della complessiva normativa. Nel caso della Direttiva SMA, per un verso essa ha introdotto numerosi concetti nuovi, per altro verso essi sono stati inseriti in un ampio dizionario che era stato costruito dal legislatore italiano nel corso degli anni ed in particolare con la L. 112/2004 che aveva accompagnato il processo di digitalizzazione.

La scelta, comprensibile, del legislatore delegato appare quella di far prevalere la terminologia europea, anche per facilitare la parificazione in sede comunitaria.

Questa uniformazione tuttavia ha comportato l'eliminazione di talune definizioni pre-esistenti e la loro sostituzione con l'omologo comunitario (ad es. « programma » sostituito da « palinsesto ») ed una minuziosa opera di « taglia e incolla » nel testo.

Si nota pure che proprio in alcune definizioni il legislatore italiano ha approfittato delle opzioni offerte dalla Direttiva precisando maggiormente — come nel caso delle esclusioni espresse dalla definizione di « servizio media audiovisivo » — il testo dispositivo.

Il risultato, ancorché imposto, finisce per rendere particolarmente pesante il testo legislativo (l'art. 4 è in assoluto quello più lungo di tutto il T.U.) ed è prevedibile che sulla sua interpretazione si verificheranno le maggiori divergenze.

C'è comunque da ritenere che una serie di definizioni (in particolare le lettere *z*), *aa*) e *bb*), legate come sono alla tecnologia analogica, verranno a cadere con lo *switch-off*.

7. LA DISTINZIONE LINEARE/NON LINEARE.

Come si è già anticipato, uno degli elementi di maggiore novità della Direttiva — e dunque del Decreto — è rappresentato dalla distinzione fra servizi « lineari » — che si caratterizzano per la circostanza dell'inserimento in un palinsesto e per la fruizione simultanea da parte del pubblico — e servizi « non lineari » che sono inseriti in un catalogo e fruiti in un momento scelto dall'utente.

Il Decreto riproduce fedelmente le definizioni e la declinazione che ne ha dato la Direttiva.

Nel T.U. vi era un punto di disallineamento rispetto al quadro che si era andato formando in sede comunitaria, e riguardava alcuni servizi a pagamento (segnatamente, la *pay-per-view*). Dopo la sentenza *Mediakabel* (C-89/04 del 2 giugno 2005) e le definizioni prima citate, tali servizi rientrano chiaramente nella nozione di « servizio lineare ».

La previsione ha effetti ampi, in quanto per via delle equiparazioni delle piattaforme trasmissive, tocca sia la ricca offerta a pagamento esistente sia attraverso il digitale terrestre che, ancor più, attraverso satellite.

Il punto più critico, che solo l'esperienza potrà risolvere, riguarda l'applicazione della nozione di « servizio non lineare » giacché in linea di principio qualsiasi prodotto audiovisivo potrebbe rientrare nella definizione perché contenuto in un catalogo e fruibile nel momento scelto dall'utente.

Il dubbio — ovviamente — discende dalla Direttiva e non dal Decreto che lo segue, ma è facile comprendere che, alla fine, sarà la Corte di Giustizia (o un successivo intervento del legislatore europeo) a dover dissipare le incertezze.

Volendo, comunque, riassumere le principali novità che il Decreto introduce per tutti i servizi media (lineari o non lineari) esse sono:

- a) Le informazioni sul prestatore del servizio
- b) Il divieto di incitamento all'odio etnico, razziale, religioso ecc.
- c) La fruibilità da parte di utenti con disabilità
- d) Il rispetto delle « finestre » di programmazione cinematografica
- e) Regole per la riconoscibilità ed i contenuti delle comunicazioni commerciali
- f) Il divieto di pubblicità di alcolici, medicinali e prodotti del tabacco
- g) Regole per la sponsorizzazione e l'inserimento dei prodotti.

Mentre il primo traspone nel mondo della televisione una previsione che è tipica (si veda la direttiva 31/2000 sui servizi della società dell'informazione) del mondo dei servizi on-line, le altre costituiscono l'estensione delle regole contenutistiche televisive verso i servizi audiovisivi *tout-court*.

La interpretazione della nozione di « servizio non-lineare » diventerà dunque essenziale non tanto con riguardo all'esistente (su cui la nozione è stata ritagliata), ma rispetto alle inevitabili e quasi quotidiane innovazioni tecnologiche e le nuove formule di offerta.

In tale contesto, può essere opportuna qualche precisazione quanto alla prevedibile portata applicativa della nozione. In sostanza, si delineano tre ipotesi: (i) servizi del tutto estranei alla categoria dei servizi di media audiovisivi (come tali sottratti alla Direttiva SMA nel suo complesso, essenzialmente rilevanti ai sensi della disciplina contemplata dalla direttiva sul commercio elettronico, direttiva 200/31/CE); (ii) servizi di media audiovisivi lineari e, infine, (iii) servizi non-lineari.

La prima categoria *sub i*), peraltro, è recessiva rispetto alla Direttiva SMA (cfr. art. 3, par. 8); di qui l'esigenza, cui dovrà corrispondere l'interprete, in ultima analisi con l'ausilio della Corte di giustizia, di precisare la linea di demarcazione generale fra servizi della società dell'informazione e del commercio elettronico, e servizi di media audiovisivi; ciò specie con riferimento alla sottocategoria dei servizi non-lineari che — per le loro caratteristiche e per la circostanza di essere principalmente veicolati su piattaforme Internet — si situano a ridosso della « frontiera » che figurativamente divide la macrocategoria dei servizi di media audiovisivi da quelli della società dell'informazione e del commercio elettronico.

In proposito, peraltro, una puntualizzazione è opportuna. Si è detto che la distinzione fra servizi lineari e non-lineari non corrisponde ad una distinzione fra servizi tradizionali ed evoluti; solo la modalità di fruizione fa la differenza: circolarità *vs.* attivazione a richiesta. Inoltre, in entrambe le ipotesi, è possibile configurare una trasmissione via Internet (cfr. in particolare i riferimenti al cd. *live streaming* ed al *web casting* quale tipica attività di radiodiffusione televisiva contemplati dal considerando 20 della direttiva).

Del tutto ovvio, pertanto — con buona pace delle titubanze (peraltro atecniche) espresse dal « popolo di Internet », e da qualche suo interprete anche in sedi istituzionali — che imprese percepite come « operatori Internet », come YouTube o altri analoghi siti, possano ricadere, a pieno titolo, nel campo di applicazione materiale della Direttiva SMA. Si tratta di una precisa scelta legislativa, portato del principio di neutralità tecnologica; non da tutti condivisa, è vero, ma ormai assunta a livello europeo e, del resto, come tale, ampiamente riportata in letteratura.

Quanto ai presupposti di applicazione, la nozione-chiave, in tale prospettiva, è ovviamente quella di « responsabilità editoriale » che, a sua volta, rimanda a quelle di « palinsesto » e di « catalogo ». Malgrado gli sforzi chiarificatori del legislatore europeo (cfr. art. 1, lett. *a-c*), tuttavia, i confini di tali previsioni non

sono chiarissimi; restano margini di incertezza ed è immaginabile che qualche complicazione non tarderà a profilarsi sul piano applicativo. Qualche ulteriore elemento è dato cogliere, specie ai fini della demarcazione rispetto ai servizi della società dell'informazione e del commercio elettronico, dai considerando 16-23 che, non a caso, e con previsione tutto sommato inusuale nella legislazione europea, vengono in certa misura «normativizzati» dalla peculiare previsione contemplata dal considerando 26 («*tutte le caratteristiche di un servizio di media audiovisivo enunciate nella sua definizione e spiegate ai considerando da 16 a 23 dovrebbero essere presenti contemporaneamente*»).

In definitiva, per estrapolazione dai menzionati considerando, si può ritenere che servizio rilevante ai sensi della Direttiva SMA sia:

— qualsiasi contenuto audiovisivo, la cui collocazione non sia meramente incidentale, rappresentando quindi finalità principale del servizio medesimo;

— la cui prestazione sia diretta al pubblico, con esclusione quindi delle *community* private o degli scambi *peer-to-peer*;

— che abbia connotazione commerciale, indipendentemente dalla fonte dei flussi finanziari (l'utente stesso, nel caso dei servizi a pagamento, ovvero terzi, come nel caso degli introiti pubblicitari);

— e che sia inserito, come si diceva, in un insieme articolato, quale il palinsesto cronologico, nel caso dei servizi lineari, ovvero il catalogo, nel caso dei servizi non lineari.

La griglia concettuale è in sé abbastanza lineare ed ispirata ad una logica intuibile. Come si diceva, tuttavia, l'applicazione concreta può risultare non del tutto agevole.

In tale contesto, appare saggia la scelta del legislatore nazionale che, in sede di recepimento, ha optato per un'inclusione nel tessuto normativo di taluni degli elementi contemplati nella parte motiva della Direttiva SMA e, segnatamente, nei considerando dianzi menzionati; è una scelta in qualche modo auspicata dalla stessa Direttiva (cfr. considerando 26) e che sicuramente aumenta il tasso di certezza e prevedibilità a beneficio degli operatori interessati.

8. PALINSESTI E RESPONSABILITÀ.

Come si è detto, fra le maggiori innovazioni concettuali riconducibili alla trasposizione della Direttiva vi sono le nozioni di «palinsesto» e di «responsabilità editoriale», ed il legame fra di essi.

La novità può essere apprezzata giustappoendola all'impianto originario del T.U. che riprende quello della L. 112/2004: vi sono tre soggetti, l'operatore di rete, il fornitore di contenuti, il fornitore di servizi. Il primo è colui il quale allestisce la rete nei suoi

vari segmenti per veicolare i contenuti e per « consegnare » il servizio agli utenti; il secondo è il tradizionale operatore televisivo con compiti in primo luogo editoriali, consistenti nella predisposizione di una scelta di programmi da offrire al pubblico; il terzo infine è un soggetto che o offre strumenti tecnici per fruire dei programmi (decoder, smart-cards ecc.), oppure fornisce servizi interattivi correlati alla fruizione dei programmi, ma diversi dai programmi stessi.

Come si può vedere dal confronto fra i due testi le definizioni di « programma » (versione originaria del T.U.) e di « palinsesto » (testo novellato) sostanzialmente si equivalgono. Le differenze però sono di due tipi, una interna e l'altra esterna, fra di loro correlate. Quella « esterna » da cui conviene partire è quella di « responsabilità editoriale ».

Questa nozione è legata « *all'esercizio di un controllo effettivo sia sulla selezione dei programmi sia sulla loro organizzazione in un palinsesto cronologico* »: la selezione, organizzazione e gestione del catalogo/palinsesto sembra costituire l'essenza della « responsabilità editoriale » caratterizzante l'attività del fornitore dei servizi di media audiovisivi. Laddove dunque manchi l'elemento del « controllo effettivo » e non vi sia un vero e proprio « catalogo » o « palinsesto cronologico » la disciplina più penetrante arretra.

Con riferimento alla nozione di « responsabilità editoriale » è bene ricordare che la Direttiva, pur fornendo uno stilema, chiarisce (Considerando 23) che « *Gli Stati membri possono specificare ulteriormente gli aspetti della definizione di responsabilità editoriale, in particolare la nozione di "controllo effettivo"* ».

9. LA TUTELA DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE.

La Direttiva spende poche parole sul suo rapporto con la generale disciplina della proprietà intellettuale. Al Considerando 40 prevede che, con riguardo ai brevi estratti di cronaca, restino impregiudicati i diritti sanciti dalla Direttiva 29/2001 sulla proprietà intellettuale nella società dell'informazione.

E all'art. 3-*quinquies* (novellato) che vengano rispettate le « finestre » di programmazione delle opere cinematografiche.

Il Decreto, partendo da queste indicazioni, inserisce nel T.U. un art. 32-*bis* il quale estende il richiamo alla disciplina comunitaria includendo anche la Direttiva 48/2004 (la c.d. Direttiva « *enforcement* ») e, in generale, la L. 22 aprile 1941, n. 633. Ma soprattutto le fa salve con riguardo a tutte le attività disciplinate dal T.U. (e dunque non solo ai brevi estratti di cronaca).

Il concetto è poi ribadito, in maniera espressa nel comma 2, lett. b) dello stesso articolo.

La *ratio* della previsione è facilmente comprensibile alla luce della attuale forte contrapposizione fra fornitori di contenuti in-

formativi e audiovisivi tradizionali (agenzie di stampa, giornali, periodici, televisioni, produttori cinematografici) e « nuovi media » che sulla rete raccolgono e ripropongono oppure ancora consentono l'accesso a tali contenuti.

La contesa fra il « vecchio » ed il « nuovo » è particolarmente accesa e sta dando vita, in tutto il mondo, ad un crescendo di contenziosi giudiziari.

L'art. 32-*bis* esprime una preferenza a favore dei primi, anche se la sua effettività sarà tutta da verificare perché esso si indirizza ai « fornitori di servizi media audiovisivi » e dunque richiede un passaggio estensivo ai veri *free riders*, i quali si trovano al di fuori di tale definizione.

10. I BREVI ESTRATTI DI CRONACA.

I « considerando » (il lunghissimo n. 39) enfatizzano moltissimo il diritto delle emittenti di « *utilizzare brevi estratti nei programmi di informazione* ». La previsione collega la novità « *al fine di tutelare la libertà fondamentale di essere informati e per assicurare la piena e adeguata protezione degli interessi dei telespettatori* ». L'esperienza, tuttavia, è molto più prosaica e fa comprendere che in realtà la norma ha una prevalente funzione nel campo delle immagini sportive.

Già con riguardo agli « eventi di grande interesse pubblico » si era potuto constatare che questi erano, in tutti i paesi, esclusivamente eventi sportivi (le eccezioni si contavano sulle dita di una mano: il concerto di capodanno da Vienna, un premio musicale belga e... il Festival di Sanremo).

La ragione è legata al mercato dei contenuti audiovisivi a monte delle trasmissioni televisive: di solito le immagini più importanti (di eventi pubblici, di disastri umani o naturali) sono comunemente distribuite da agenzie che operano su scala mondiale e non conferiscono alcun diritto di esclusiva. È sufficiente pagare per averle. Gli unici (o quasi) eventi sui quali gravano diritti di esclusiva sono o musicali o sportivi.

Ma mentre sui primi la valenza notiziale è modesta (dopo un concerto, se ne fa un altro) i secondi si caratterizzano per la loro unicità e per la loro forte « deperibilità ».

Il Decreto riproduce fedelmente la previsione comunitaria, ma lascia all'interprete il non facile coordinamento con la complessa disciplina legislativa (unica in Europa) sui diritti televisivi sportivi contenuta nella L. 106/2007 e nel suo decreto attuativo 9/2008.

In via di prima approssimazione la nuova norma introduce un ulteriore limite al diritto di esclusiva in capo al titolare dei diritti.

Il D.Lgs. 9/2008 già prevede all'art. 5 che, all'interno dei notiziari, possano essere inseriti non più di 4 minuti giornalieri di im-

magini. Tale disposizione dovrà essere ora coordinata — con un regolamento dell'AGCOM — con il novellato art. 32-ter del T.U.

11. LA TUTELA DEI MINORI.

Fin dalla Direttiva 552/1989 (e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla « televisione senza frontiere ») l'esigenza di tutela dei minori era una delle ragioni preminenti dell'intervento e influiva significativamente su tre aspetti: i contenuti della programmazione; i prodotti reclamizzabili; le forme della comunicazione commerciale.

Tali esigenze si sono rafforzate nel corso degli anni e, nel nostro paese, hanno trovato anche numerosi strumenti sub-legislativi (dalla c.d. Carta di Treviso alla Consulta costituita presso l'AGCOM).

La Direttiva (ai Considerando 44-46 e all'articolo 3-novies) si concentra sulla distinzione fra servizi lineari e servizi non lineari. Mentre per i primi valgono le regole preesistenti, per i secondi gli Stati membri devono assicurare che i servizi « *che potrebbero nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori siano messi a disposizione del pubblico solo in modo da escludere che i minori vedano o ascoltino tali servizi* ».

Tale disposizione, letta in congiunzione con i considerando, sembra dunque consentire la offerta di servizi televisivi « per adulti » purché si adottino adeguati strumenti (codici di identificazione e di filtraggio) per escludere la fruizione da parte dei minori.

Il recepimento attraverso il novellato art. 34 del T.U. non è di facile lettura perché incentrato su un intreccio fra regole ed eccezioni.

All'atto pratico il soggetto cui verrà demandato il compito di chiarire i dubbi è l'AGCOM, la quale peraltro dovrà operare d'intesa con il Ministero ed utilizzando procedure di co-regolamentazione. In particolare, ai sensi dell'art. 34, comma 5, l'Autorità dovrà individuare gli accorgimenti tecnicamente realizzabili idonei ad escludere che i minori vedano o ascoltino normalmente i programmi per adulti fra cui l'uso di numeri di identificazione personale e sistemi di filtraggio o di identificazione. La questione da risolvere sarà la potenziale antinomia fra la previsione di cui alla parte finale del comma 3, che fa divieto di trasmettere tali filmati fra le 7 e le 23, e la previsione del comma 2, che pone tale divieto salva l'adozione di accorgimenti tecnici i quali « *escludano che i minorenni che si trovano nell'area di diffusione assistano normalmente a tali programmi* ». Tale ultima previsione è di diretta genesi comunitaria (art. 3-novies della Direttiva) e poiché il comma 3 contiene la formula « *Fermo il rispetto delle norme dell'Unione europea a tutela dei minori e di quanto previsto dai commi 1 e 2 del presente articolo* », il dubbio interpretativo appare giustificato.

La opacità normativa tradisce per un verso il conflitto fra essere e dover essere, per altro verso deve tener conto della potente concorrenza di piattaforme non televisive.

A voler guardare le cose con realismo si deve prendere atto del fatto che tutte le principali emittenti che offrono servizi a pagamento — non importa se su piattaforma satellitare o digitale terrestre — hanno una programmazione «per adulti». Ciò chiaramente si pone in conflitto con quella significativa parte della società che esprime una forte contrarietà alla pornografia. Il punto di compromesso comunitario è rappresentato dalla tutela dei minori — su cui tutti convengono.

Ma una volta che si sia sancito tale principio, l'impedire l'accesso dei minori a tali servizi è operazione complessa dal punto di vista tecnico e regolamentare, come hanno dimostrato le vicende statunitensi di un quindicennio fa sul Communication Decency Act che, fondato sulle medesime (buone) intenzioni, cadde giudizialmente sugli aspetti applicativi.

A ciò si aggiunga la circostanza che circoscrivere la diffusione di servizi pornografici sulla televisione mentre la rete è sommersa di contenuti accessibili da tutti e gratuitamente, è operazione di scarso effetto perché indirizzata a quei soggetti — i minori — che hanno le maggiori capacità di eludere dispositivi di filtro e blocco.

Ancora una volta si ripresenta il conflitto fra i servizi media audiovisivi e i servizi della società dell'informazione. Questi ultimi godono di una libertà incomparabilmente superiore. E dunque una TV «*porn-free*» finisce per essere una pudica foglia di fico.

12. LA PUBBLICITÀ.

Il sistema dei «servizi media audiovisivi» è in larga misura finanziato dalle risorse pubblicitarie. Ciò vale non solo per le emittenti commerciali «in chiaro» che, seguendo lo storico modello americano, acquistano o realizzano programmi che possano attirare spettatori e poi «vendono» questi spettatori agli inserzionisti pubblicitari, i quali, in ultima analisi, pagano i programmi.

Gli introiti pubblicitari sono ricercati anche da alcune emittenti pubbliche, che in tal modo integrano il contributo che ricevono dallo Stato, ma anche dalle emittenti a pagamento le quali, in maniera crescente, inseriscono pubblicità nella loro programmazione.

In sede comunitaria si è dovuto prendere atto di tale realtà, e, pur non rinunciando ad una complessiva politica restrittiva degli sbocchi, la Direttiva ha ridotto i limiti di natura quantitativa e ha aperto la strada a nuove forme di comunicazione commerciale.

Peraltro il tema della pubblicità è oggetto, non da ieri, di una significativa polemica nel nostro paese, lamentando gli editori

della carta stampata che la televisione sottrae ad essa importanti risorse economiche. L'argomento dimostra la sua intrinseca debolezza ove si consideri che è l'inserzionista che sceglie le forme ed i mezzi della propria comunicazione commerciale e non si vede perché la legge dovrebbe imporgli di utilizzare un veicolo non (o meno) idoneo solo per sovvenzionare un settore imprenditoriale politicamente influente. Ma soprattutto la tendenza mondiale evidenzia una crescente emorragia degli investimenti pubblicitari dalla televisione verso i nuovi mezzi di comunicazione in rete che consentono una segmentazione del pubblico ed una concreta verifica dell'effetto utile del messaggio. Quel che dunque appariva il predatore è ora il depredato.

Gli elementi di novità introdotti nel T.U. e che riflettono in larga misura le previsioni della Direttiva e preesistenti orientamenti comunitari sono i seguenti:

a) I limiti di affollamento pubblicitario per la concessionaria del servizio pubblico rimangono invariati.

b) Anche se la Direttiva ha ritenuto di sopprimere l'obbligo di un limite giornaliero, questo è stato mantenuto dal legislatore nazionale, che ha optato per una disciplina più rigorosa nella misura del 15%.

c) La Direttiva ha fissato un tetto massimo orario pari al 20%. Il legislatore delegato, in risposta alle istanze sia degli editori della carta stampata che delle emittenti minori, non ha esteso al massimo l'affollamento fissando, in generale, il tetto del 18% orario, con possibilità di aumentarlo di un ulteriore 2% da recuperare però nell'ora antecedente o successiva. Sicché calcolato sulle due ore il totale dovrà essere sempre del 18%.

d) Quando vengano utilizzate forme di pubblicità diverse dai tradizionali spot, e qualificabili come « *more time consuming* », il limite giornaliero è portato al 20%. Il fondamento di tale deroga si rinviene nella sentenza della CGCE del 12 dicembre 1996 nel caso *RTI c. Ministero Poste e Telecomunicazioni* la quale, interpretando i limiti fissati dalla Direttiva 552/1989 aveva affermato che gli Stati membri « *sono liberi, nel caso in cui scelgano di avvalersi della facoltà loro riconosciuta da questa disposizione [ampliamento dei limiti di affollamento], di farlo solo a vantaggio di talune forme di pubblicità "more time consuming"* ».

e) L'ora sulla quale va calcolata la percentuale (12 minuti se il 20%, 10'48" se il 18%) non necessariamente corrisponde alle ore unitarie, bensì può dipendere dall'inizio della programmazione dell'emittente. Ciò lascia maggiore flessibilità alle singole emittenti: una potrebbe scandire le ore con inizio ipotetico alle ore 6.00, un'altra con inizio ipotetico alle ore 6.30. Ciò dovrebbe consentire una maggiore diversificazione e dunque concorrenzialità dei palinsesti soprattutto nelle ore serali di maggiore ascolto.

f) Nel tempo da calcolare vanno esclusi, per espressa previsione comunitaria, non solo gli annunci di autopromozione, gli annunci

di prodotti collaterali dei programmi, gli annunci di sponsorizzazione e quelli relativi agli inserimenti di prodotti, ma anche gli annunci non qualificabili come commerciali, come quelli, assai frequenti, di utilità sociale. Se dunque si effettua un minutaggio preciso è prevedibile che la programmazione effettiva, in taluni orari, sarà inferiore ai 48 minuti.

g) Particolare rilievo assume la previsione (comma 5 del novellato art. 38 T.U.) che indica per le emittenti a pagamento un limite inferiore che si riduce gradualmente: 16% per il 2010; 14% per il 2011; 12% per il 2012; con la possibilità di una eccedenza, da recuperare, del 2%.

La *ratio* della disposizione, oltre che nelle esigenze espresse dagli editori e dalle emittenti minori, si rinviene nella esigenza di tutela dell'utenza delle emittenti a pagamento la quale ha già versato un corrispettivo per la fruizione, e ne versa uno ulteriore, e non esplicitato, consistente nella esposizione al messaggio commerciale.

Costituisce dato acquisito della teoria economica che l'esposizione pubblicitaria costituisce il vero e proprio corrispettivo nella emittenza « in chiaro ». Lo spettatore non paga alcuna somma all'emittente ma accetta di esporsi alla pubblicità, fatta salva la possibilità di sottrarsi spegnendo l'apparecchio, cambiando canale, ovvero adottando meccanismi di filtraggio (cui si riferisce il Considerando 57 della Direttiva).

Quando però l'utente abbia « acquistato » il servizio è ovvio che la sua disponibilità soggettiva a sottrarsi alla pubblicità è ridotta perché così facendo rischia di perdere le utilità che ha pagato. Si pone dunque una questione di tutela dell'utenza che era stata già individuata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella decisione del caso *RTL c. Niedersächsische Rundfunk* (del 23 ottobre 2003) come giustificazione della imposizione di limiti all'affollamento pubblicitario, ed ancora più in dettaglio dalle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs. In tali atti particolare importanza è attribuita alla circostanza che il telespettatore abbia accettato l'inserzione pubblicitaria; ma nel caso della televisione a pagamento tale accettazione non c'è e l'utente non viene informato (come suggerito dall'A.G. Jacobs) sulla « *frequenza con la quale interverrebbero intervalli pubblicitari, in via di analogia con la giurisprudenza della Corte nell'ambito della libera circolazione delle merci* ».

13. IL *PRODUCT PLACEMENT*.

La Direttiva spiega ampiamente le ragioni per le quali ha ritenuto di regolamentare, sostanzialmente accogliendola, la pratica del *product placement* che in precedenza si trovava in una area grigia, se non addirittura vietata in quanto pubblicità occulta.

Ancora una volta ciò che ha prevalso è stata la necessità di cercare di competere con la potente — e vincente — industria audiovisiva statunitense, che da mezzo secolo utilizza il *product placement* come strumento per finanziare le produzioni cinematografiche e televisive.

Tale situazione provocava una evidente asimmetria, togliendo alla gracile industria europea una sia pur piccola fonte di introiti.

D'altra parte l'inserimento di pubblicità nei programmi già avviene in maniera massiccia — e senza neanche la possibilità di contestarne la natura occulta — in tutti gli eventi sportivi nei quali tutti gli spazi possibili (dai tabelloni di bordo campo agli striscioni, dall'abbigliamento degli atleti agli attrezzi o veicoli da essi utilizzati) sono costellati di nomi di sponsor.

Il nuovo art. 40-*bis* recepisce fedelmente quanto previsto dalla Direttiva, ma rimette a procedure di auto-regolamentazione la disciplina applicativa dei principi in essa enunciati. Tale rinvio appare giustificato dalla particolarità del « mercato » del *product placement*. Vi sono infatti due ipotesi: il produttore dell'opera audiovisiva tratta direttamente con l'inserzionista per concordare le modalità dell'inserimento e in tal caso è evidente che il corrispettivo viene incamerato dal produttore. Quando però l'opera è commissionata dall'emittente pare più efficiente che sia quest'ultima a pianificare l'inserimento e riceverne il relativo profitto.

Ciò porta a distinguere fra prodotti indipendenti (in particolare cinematografici) e prodotti dipendenti (tipicamente di serie televisive e film per la televisione), rispetto ai quali c'è da attendersi diverse forme di auto-regolamentazione.

14. LE ATTRIBUZIONI DEL GOVERNO E DELL'AUTORITÀ.

Durante la discussione dello schema di Decreto legislativo si sono manifestate alcune divergenti vedute fra Ministero dello Sviluppo Economico e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in ordine alle rispettive competenze nella attuazione del nuovo testo.

Ciò ha portato alla riformulazione di alcune disposizioni.

Poiché la diarchia fra poteri può dare luogo ad inefficienze nella applicazione normativa è opportuno cercare di individuare i punti salienti introdotti dal Decreto.

Va subito detto che nella Direttiva le attribuzioni alle autorità nazionali di regolazione sono davvero modeste: solo al Considerando 30 si prevede che spetta alle ANR definire le apparecchiature terminali per la ricezione di trasmissioni rivolte al grande pubblico. Per il resto è silenzio.

Il Decreto è assai più spostato in favore dell'Autorità anche in considerazione del fatto che nel corso degli anni talune compe-

tenze si erano consolidate in capo ad uno o all'altro dei due soggetti.

Così, le principali competenze del Ministero sono l'uniformazione della durata delle autorizzazioni rilasciate agli operatori di rete (art. 15, comma 5); l'approvazione delle modifiche al Codice Media e Minori (art. 34, comma 6); l'utilizzo di minori nella pubblicità (art. 34, comma 8); la realizzazione di campagne sull'uso consapevole della tv (art. 34, comma 9); la determinazione delle quote da riservare alla trasmissione di opere cinematografiche italiane (art. 44 comma 3); il recepimento del codice di autoregolamentazione sui valori dello sport (art. 35-*bis*).

All'Autorità, invece, sono attribuiti tutti i penetranti poteri di sospensione della ricezione di programmi provenienti dall'estero nelle ipotesi previste dall'art. 1 ter; nonché di irrogare le relative sanzioni; emanare le disposizioni volte alla tutela del diritto d'autore (art. 32 bis), compilare la lista degli eventi che devono essere trasmessi in chiaro (art. 32-*ter*); regolamentare le modalità con le quali si possono realizzare brevi estratti di cronaca (art. 32-*quater*, comma 1); determinare le modalità attraverso le quali programmi per adulti possono essere diffusi (art. 34, comma 5); stabilire il tempo minimo riservato alle opere europee (art. 34 comma 10); verificare l'attuazione del codice di auto-regolamentazione sul *product placement* (art. 40-*bis*, comma 5); definire le modalità con le quali i servizi non lineari promuovono le opere europee (art. 44, commi 4 e 7); stabilire i criteri per l'utilizzo dei diritti secondari (art. 44, comma 5); uniformare i contributi previsti per la diffusione televisiva (art. 17, comma 2 bis); rilasciare le autorizzazioni satellitari (art. 20, comma 1) e su altri mezzi di comunicazione elettronica (art. 21, comma 1-*bis*); emanare il regolamento per i fornitori di servizi a richiesta (art. 44, comma 4); attuare le disposizioni sulla rettifica (art. 32-*quinqies*, comma 3).

Il Decreto prevede poi una azione congiunta di Ministero e Autorità sulla pubblicità di prodotti alimentari e bevande il cui consumo deve essere moderato (art. 56-*bis*, comma 2); e sull'allineamento dei titoli abilitativi (art. 18 del Decreto).

15. LA CONCORRENZA E IL PLURALISMO.

La Direttiva pone al primo « considerando » l'esigenza di « *garantire condizioni ottimali di concorrenza e certezza del diritto per le tecnologie dell'informazione e per il settore dei media e dei servizi commessi in Europa* ».

Come pure insiste (2° e 7° considerando) sull'esigenza di evitare distorsioni della concorrenza nel mercato interno, favorendo condizioni omogenee nei diversi stati membri e riducendo le barriere all'accesso (6° considerando).

Si tratta, peraltro, di una *ratio legis* che non si traduce in disposizioni puntuali ma funge piuttosto da criterio interpretativo generale.

In modo non dissimile la Direttiva indica ripetutamente quali obiettivi il pluralismo dei mezzi di informazione (3°, 8°, 28° 65° considerando). Anche qui però manca un puntuale riscontro nell'articolato.

È comprensibile dunque che il Decreto, fatti salvi i necessari aggiustamenti lessicali, abbia lasciato il previgente regime, nella sostanza, invariato. La disposizione che appare di maggiore interesse, non previsto dalla Direttiva ma inserito su richiesta delle Commissioni parlamentari che hanno espresso il parere sul Decreto, riguarda la delicata questione del posizionamento dei singoli operatori sul telecomando (è l'art. 32, comma 1-*bis*, del T.U.). La regolamentazione di dettaglio è affidata all'Autorità, ma è facile intuire la complessità della questione che investe una sorta di « pre-uso » della numerazione ed il rispetto delle abitudini e delle preferenze degli utenti.

16. CONCLUSIONI.

Pur segnata da un grave ritardo e da una serie di intrinseci punti deboli, la Direttiva, ed il Decreto che la recepisce, costituisce un passo avanti nella direzione di un mercato « normale » dei servizi audiovisivi. Ciò si deve più che alla qualità della legislazione, all'incessante evoluzione tecnologica alla quale le nuove disposizioni dovranno adattarsi (e non viceversa). Non sono dunque necessarie innovazioni normative per constatare che tutta l'impalcatura costruita attorno alla distinzione fra « emittenti nazionali » ed « emittenti locali » non ha più senso nella misura in cui i segnali digitali possono essere facilmente distribuiti su reti di comunicazione elettronica consentendo una drastica riduzione dei costi ed un efficiente coordinamento dei segnali.

Come pure non occorrono nuove disposizioni per prendere atto ormai che i terminali per la ricezione di servizi media audiovisivi (messo in soffitta il « televisore ») sono ormai predisposti per la ricezione di servizi normalmente veicolati attraverso la rete Internet, allargando a dismisura l'offerta e cambiando profondamente le modalità di fruizione dei servizi.

E se è vero che nessuna norma può cancellare la retrograda visione (plasmata dalla Scuola di Francoforte) della televisione come modificatore e imbonitore delle coscienze e delle menti, è sufficiente comparare la modestia della dimensione televisiva con l'immensità dei contenuti accessibili attraverso Internet, per rendersi conto che i problemi dei servizi media audiovisivi vanno ricondotti alla loro reale consistenza. Importanti sì, ma certamente settoriali rispetto all'universo della società dell'infor-

mazione. E che dunque vanno visti in una prospettiva ampia e rivolta al futuro.

In questo quadro, ci sia consentita qualche considerazione conclusiva in chiave, appunto, prospettica. Come segnalato nelle premesse, la Direttiva SMA muove da un duplice presupposto: l'ampliamento del panorama competitivo, che richiede regole comuni e più liberali per un'ampia, virtualmente estesissima, congerie di attività ed imprese concorrenti, ed il riconoscimento di elementi di differenziazione, che richiede, viceversa, una appropriata modulazione normativa.

È bene segnalare che — benché nei considerando della Direttiva non manchino riferimenti a valori extra-economici, segnatamente la diversità culturale ed il pluralismo — l'impianto normativo si fonda su considerazioni strettamente economiche: l'obiettivo del legislatore, come già in occasione della direttiva « Televisione senza frontiere » è, e resta, al di là degli enunciati di principio, quello di contribuire all'effettiva realizzazione ed alla regolazione del *mercato unico* dei servizi audiovisivi.

È proprio in tale prospettiva che la creazione di (alcune) *regole comuni* mira a realizzare condizioni di concorrenza paritarie fra imprese: imprese in passatp riconducibili a settori diversi, ma in realtà già da tempo percepite dai consumatori come prestatori di offerte largamente fungibili e concorrenti.

Al contempo, la previsione di *regole differenziate* consente di tarare l'« onere » regolamentare sulle specificità delle diverse situazioni, così da evitare, almeno transitoriamente, equiparazioni che potrebbero rivelarsi fonte di vincoli sproporzionati.

In entrambe le declinazioni, l'obiettivo di fondo resta quello di creare una effettiva *parità di chances* su scala europea: con regole simili o diversamente modulate in funzione della maggiore o minore omogeneità delle situazioni regolate.

Ciò posto, è altrettanto chiaro che i fattori, le evoluzioni e le ragioni che sono alla base della Direttiva SMA sollevano questioni che vanno molto al di là del perimetro coperto dal (circoscritto) intervento europeo. Questioni che riguardano altri plessi della normazione dell'audiovisivo, estranei al campo di applicazione della Direttiva, solo marginalmente incisi da altre normative di fonte europea, e per il resto rientranti, a pieno titolo, nell'ambito delle prerogative e responsabilità del legislatore nazionale.

Se è vero dunque che il panorama tecnologico ed economico è profondamente mutato, tale evoluzione « interroga » anche il legislatore ed il regolatore nazionale. *De jure condendo*, ciò implica l'esigenza di una riflessione finalizzata ad una rivisitazione complessiva dell'ordinamento nazionale dell'audiovisivo. Tale riflessione, in linea con i « fili conduttori » della Direttiva SMA, dovrebbe porsi, coerentemente, nella prospettiva di rivedere e, all'occorrenza, rimuovere asimmetrie normative oggi ingiustificate (in particolare, gli aspetti più « datati » del regime di tutela del plu-

ralismo che gravano sulla — sola — televisione digitale terrestre). Al contempo, dovrebbe analizzare punti critici e *bottlenecks*, che davvero rischiano di alterare e restringere, in prospettiva, sia le opportunità di accesso al mercato sia le possibilità di disseminazione dei contenuti (in particolare, una corretta ed equilibrata tutela dei diritti di proprietà e sfruttamento dei contenuti e la regolazione in chiave orizzontale, cioè inter-piattaforma, di talune modalità di accesso alle reti ed ai correlati servizi tecnici).