

GIANDONATO CAGGIANO

## PRINCIPIO DEL PAESE DI ORIGINE, COMPETENZA GIURISDIZIONALE E MISURE DEROGATORIE NELLA DIRETTIVA E NEL DECRETO ATTUATIVO SUI SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI

**SOMMARIO:** 1. Ambito di applicazione della direttiva e del decreto attuativo. — 2. Principi e strumenti normativi. — 3. Il principio del Paese di origine. — 4. I servizi transfrontalieri e l'abuso del diritto di stabilimento. — 5. *Segue:* il negoziato sull'introduzione di una clausola *ad hoc* nella direttiva. — 6. Le deroghe ammissibili alla libera circolazione per i servizi a domanda. — 7. La normativa italiana sui servizi transfrontalieri. — 8. La clausola derogatoria della libertà di trasmissione per la tutela dei minori.

### I. AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA E DEL DECRETO ATTUATIVO.

Oggetto di questo lavoro è l'attuazione della libera circolazione dei servizi, tra giurisdizione del Paese di origine e poteri del Paese di destinazione, nella direttiva sui servizi di media audiovisivi<sup>1</sup> e nel decreto legislativo 44/2010 di trasposizione nell'ordinamento italiano<sup>2</sup>.

\* Testo della relazione svolta al convegno su « Il recepimento della direttiva Servizi media audiovisivi ed il futuro delle televisioni digitale », tenutosi presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre il 17 marzo 2010. Il testo del D.Lgs. 15 marzo 2010 n. 44 è pubblicato in questa *Rivista*, 2010, 157.

<sup>1</sup> Direttiva 2007/65/CE 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) (GUUE L 332 del 18 dicembre 2007, 27, recante modifica della direttiva 89/552/CE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (GUUE L 298 del 17 ottobre 1989, 23), già modificata dalla direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 1997 (GUUE L

202 del 30 luglio 1997, 60). La Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2010, GUUE L 95, del 15 aprile 2010, 1, contiene la versione codificata, che, senza modificarne la sostanza, consente di consultare un testo coerente, dal punto di vista redazionale, anche con riferimenti aggiornati alla numerazione del TFUE. Tutti i documenti relativi all'iter di adozione della direttiva 2007/65/2007 sono ritrovabili at [http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/codecision/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/codecision/index_en.htm). Sulla proposta della Commissione, v. il nostro lavoro, *Evoluzione della Direttiva Televisione senza frontiere e ampliamento del suo campo di applicazione a tutti i servizi audiovisivi*, in V. ZENO ZENCOVICH, A. FRIGNANI, E. PODDIGHE (a cura di), *La televisione digitale*, Milano, 2006, 139 ss. Sulla direttiva SMA, v. per tutti R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009 ed ivi ampia bib.

<sup>2</sup> V. D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 Attuazione della direttiva 2007/65/CE relati-

Il quadro giuridico europeo disciplina l'impatto della convergenza dei servizi digitale, sia sull'uso della rete o radiofrequenze, che sui contenuti audiovisivi (programmi televisivi o assimilabili). Per le modalità di esercizio delle attività, il principio di neutralità tecnologica prescrive il divieto di discriminazioni fondate sulla piattaforma di trasmissione (direttiva better regulation, 2009)<sup>3</sup>. Anche, per quanto attiene ai contenuti, il regime giuridico applicabile non può dipendere dalla tecnica di diffusione. La Corte di Giustizia ha affermato *ante litteram* tale principio, dalla sentenza sulla teledistribuzione via cavo sino alla televisione *near-on-demand*<sup>4</sup>.

La direttiva sui servizi di media audiovisivi (SMA) include nel suo campo di applicazione anche i servizi non lineari (a domanda) assimilabili a quelli televisivi<sup>5</sup>, introducendo per la prima volta un'armonizzazione dei contenuti e riproducendo fedelmente il sistema derogatorio dello Stato di destinazione dalla direttiva sul commercio elettronico (regime della società dell'informazione)<sup>6</sup>.

La struttura normativa bi-livello a carattere asimmetrico intende corrispondere al diverso ruolo dell'utente rispetto ai contenuti («push» e «pull») ed al diverso impatto sociale delle due tipologie di servizi. La distinzione trova solo una sua (rarefatta) giustificazione nell'obiettivo di adattare la regolamentazione dei servizi televisivi, da sempre caratterizzata sul versante dell'erogazione/offerta, a taluni servizi interattivi della società dell'informazione, caratterizzati sul lato della fruizione/domanda.

---

va al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in GURI n. 73 del 29-3-2010

<sup>3</sup> Sulla direttiva better regulation 2009, v. il nostro lavoro *La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro delle comunicazioni elettroniche*, in questa *Rivista*, 2009, p. 861.

<sup>4</sup> V. sentenza 10 settembre 1996, causa C-11/95, Commissione/Belgio, Raccolta, I-4115, punti 15-25; cfr. anche sentenza 12 dicembre 1996, cause riunite C-320/94, C-328/94, C-329/94 e da C-337/94 a C-339/94, *RTI e a.*, punto 33, e 23 ottobre 2003, causa C-245/01, *RTL Television*, punto 63. Nella sentenza *Mediakabel* del 5 giugno 2005, in causa C-89/04, la Corte ha statuito che rientra nella nozione di trasmissione televisiva ai fini della direttiva TSF ha ribadito che il servizio consistente nella diffusione

di programmi televisivi ripetuta con orari di programmazione ad intervalli, purché destinati al pubblico e non forniti su richiesta individuale (senza alcuna incidenza del sistema di trasmissione, utilizzato nel caso di specie, di *pay per view*).

<sup>5</sup> Video on demand and catch-up TV in Europe, A report edited by the European Audiovisual Observatory et al., Strasbourg, October 2009.

<sup>6</sup> 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»). GUUE L 178, del 17 luglio 2000, I ss. Seconda la definizione, si tratta di qualsiasi servizio, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi (prestato normalmente dietro retribuzione).

## 2. PRINCIPI E STRUMENTI NORMATIVI.

Il principio di libera circolazione dei servizi televisivi, riconosciuto dalla Corte di Giustizia dalla sentenza *Sacchi*<sup>7</sup>, è stato attuato dalla direttiva televisione senza frontiere (TSF) sull'armonizzazione delle disposizioni nazionali in alcune materie. Il modello della legislazione europea ricerca la compatibilità tra applicazione del principio della libera circolazione dei servizi televisivi ed interessi generali degli Stati membri (morale e divieto dell'odio razziale). Da un lato, la libertà di circolazione è rafforzata dal controllo del Paese di origine, che esercita la propria giurisdizione sul prestatore di servizi; dall'altro, misure restrittive nei confronti delle trasmissioni transfrontaliere, possono essere però adottate dallo Stato di destinazione, secondo un meccanismo procedurale, specificato nel riparto a livello nazionale delle competenze amministrative e giurisdizionali.

Una delle motivazioni originarie per l'adozione della direttiva riguardava la necessità di rimuovere le norme nazionali che ostacolavano la ritrasmissione via cavo dei programmi provenienti da altri Stati membri. In particolare, i Paesi Bassi furono obbligati a modificare più volte la propria legislazione, a seguito di alcune sentenze della Corte di giustizia. La formula adottata era finalizzata all'armonizzazione minimale e al controllo del principio del Paese di origine, che comporta, di regola, il mutuo riconoscimento e la « concorrenza tra ordinamenti » (come ad esempio nel settore dei servizi bancari). L'originario modello normativo conteneva alcuni caratteri intergovernativi per le trasmissioni transfrontaliere, nei limiti di compatibilità con i principi del Trattato.

Tale configurazione ha risentito della coesistenza dello strumento parallelo della Convenzione del Consiglio d'Europa<sup>8</sup>, limitata ai servizi transfrontalieri e modellata con caratteri intergovernativi più restrittivi della libera circolazione delle trasmissioni televisive (affermata sulla base dell'art. 10 CEDU). A tal fine, secondo la sentenza *Groppera* della Corte CEDU<sup>9</sup> non è necessario riferirsi alla tipologia dei contenuti dei programmi (inclusi anche programmi di intrattenimento e spot pubblicitari) a condizione che siano giustificate in quanto previste dalla legge, abbiano uno scopo legittimo e siano necessarie in una società democratica (art. 10, par. 2 CEDU). A seguito dello sviluppo delle competenze comuni in materia di servizi sarebbe forse necessario che la revisione in

<sup>7</sup> Sentenza del 30 aprile 1974, causa n. 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta*, 409 e ss.

<sup>8</sup> European Convention on Trans-frontier Television Strasbourg, 5.V.1989, text amended according to the provisions

of the Protocol (ETS No. 171) entered into force, on 1 March 2002.

<sup>9</sup> Arrêt de la Cour eur. DH du 28 mars 1990, affaire *Groppera Radio AG et autres c/Suisse*, Série A 173.

atto veda la partecipazione dell'Unione sul piano delle relazioni esterne piuttosto che degli Stati membri<sup>10</sup>.

### 3. IL PRINCIPIO DEL PAESE DI ORIGINE.

Il principio del Paese di origine alla base della direttiva TSF del 1989, contiene rimedi *ad hoc* in caso di violazioni<sup>11</sup>. Ciò dimostra come il rafforzamento della fiducia tra gli Stati membri (mutuo riconoscimento), non è il risultato automatico dell'armonizzazione. Il processo di integrazione nella materia televisiva si avvale di garanzie *ad hoc* e non solo della procedura di infrazione.

L'applicazione del principio del Paese di origine equivale al « lascia-passare » per i servizi che rispettino la normativa di uno degli Stati membri, con cui ha un collegamento più stretto. Lo Stato di origine del servizio controlla l'applicazione della normativa armonizzata dalla direttiva ed il rispetto del diritto nazionale che può essere più restrittivo degli standard europei. Lo Stato di ricezione/destinazione del servizio dovrebbe limitarsi a verificarne la provenienza da un altro Stato membro<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> La natura convenzionale richiede la cooperazione tra gli Stati-parte ed esalta il ruolo del Comitato permanente, l'organismo responsabile dell'attuazione. Il carattere più restrittivo di questo strumento continua a manifestarsi nelle varie revisioni e aggiornamenti. I lavori per l'apertura alla firma della bozza di protocollo di revisione (che dovrebbe allineare il testo in vigore ai contenuti della revisione ultima della direttiva) risulta bloccata al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla base di una lettera inviata agli Stati membri del Commissario europeo competente Viviane Reding che mette in evidenza i rischi di interferenza dello Stato di ricezione e la possibile incompatibilità con il diritto dell'Unione. Nei brani conosciuti della lettera si ricorda agli Stati membri « of their dual obligation not to enter into international commitments that conflict in substance with Community Law and to respect the case law of the European Court of Justice with regard to the external powers of the Community. ». Inoltre: « Should member states fail to fulfil either of these obligations under the Treaty, the Commission may bring the matter before the Court of Justice as provided in Article 226 of the EC Treaty ». La vicenda negoziale è ricostruibile da Parliamentary Assembly, Doc. 12182, 10 March 2010, Implementation of the European Convention on Transfrontier Television, Written question no 584 to the

Committee of Ministers presented by Mr McIntosh., v. Draft Second Protocol amending the European Convention on Transfrontier Television and its explanatory report T-TT(2009)007Fin., 24 September 2009; Draft Council of Europe Convention on Transfrontier Audiovisual Media Services, T-TT(2009)013FIN; Explanatory report to the draft Council of Europe Convention on Transfrontier Audiovisual Media Services T-TT(2009)009Fin.

<sup>11</sup> Considerando (34) A norma della presente direttiva, ferma restando l'applicazione del principio del paese di origine, gli Stati membri possono ancora adottare provvedimenti che limitino la libertà di circolazione della radiodiffusione televisiva, ma solo nel rispetto delle condizioni e della procedura definite nella presente direttiva. Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, tuttavia, ogni limitazione della libertà di prestazione dei servizi, come ogni altra deroga a un principio fondamentale del trattato, deve essere interpretata in modo restrittivo.

(35) Per quanto concerne i servizi di media audiovisivi a richiesta, le restrizioni alla loro libera fornitura dovrebbero essere possibili solo conformemente a condizioni e procedure che riprendano quelle già stabilite dall'articolo 3, paragrafi 4, 5 e 6, della direttiva 2000/31/CE.

<sup>12</sup> La Corte ha ricordato che se uno Stato membro ritiene che un altro Stato

Quanto alla determinazione della giurisdizione, la Corte di giustizia ha chiarito che lo Stato di origine è, prioritariamente, quello di stabilimento dell'impresa di radiodiffusione mentre, secondariamente, rileva il criterio della sede principale delle attività<sup>13</sup>. Sono stati successivamente meglio definiti i criteri di collegamento tra emittente e Paese d'origine, per evitare, sovrapposizioni di competenza. Nella revisione del 1997 sono stati specificati alcuni criteri per la definizione del Paese di stabilimento dell'emittente: la sede sociale effettiva, la direzione decisionale per la programmazione e, in alcuni casi, gli addetti dell'attività televisiva. Per le trasmissioni provenienti dai Paesi terzi sono stati previsti criteri addizionali (uso di frequenza, capacità di un satellite o disposizione di un collegamento ascendente verso il satellite)<sup>14</sup>. Secondo l'ultima revisione, lo Stato membro dotato di una capacità via satellite sarà responsabile solo qualora non esista un collegamento terra-satellite all'interno della Comunità (art. 2, par. 4). In ogni caso, se la competenza di uno Stato membro non fosse così determinata, si terrà conto delle norme del Trattato sul diritto di stabilimento<sup>15</sup>.

#### 4. I SERVIZI TRASFRONTALIERI E L'ABUSO DEL DIRITTO DI STABILIMENTO.

Lo sviluppo tecnologico ha accresciuto la disponibilità di servizi a carattere transnazionale di media audiovisivi<sup>16</sup>; nonché il fenomeno della ri-trasmissione via cavo o satellitare di emittenti stabilite in altri Paesi, anche al di fuori dell'Unione. Il contenzioso, as-

membro non abbia assolto gli obblighi che gli incombono in forza della direttiva ha facoltà di proporre un ricorso per inadempimento in base all'art. 170 ( ) del TCE o di chiedere alla Commissione di intervenire direttamente nei confronti del detto Stato membro ai sensi dell'art. 169 ( ) del TCE (sentenza Commissione/Belgio cit., punto 36).

<sup>13</sup> V. Sentenze della Corte di giustizia: 5 ottobre 1994, *TV10 SA*, causa C-23/93, in *Raccolta*, 1994, I-4795; 10 settembre 1996, *Commissione contro Regno del Belgio* del, causa C-11/95, in *Raccolta*, 1996 I-04115; 10 settembre 1996, *Commissione contro Regno Unito*, causa C-222/94, in *Raccolta*, 1996 I-04025; *VT4 Ltd contro Vlaamse Gemeenschap* del 5 giugno 1997, Causa C-56/96, in *Raccolta*, 1997, I-03143; sentenza del 29 maggio 1997, *Paul Denuit*, causa C-14/96, in *Raccolta*, 1997 p. I-2785. In dottrina v. L.H. HANSEN, *The Development of the Circumvention Principle in the Area of Broadcasting*, in *Legal Issue of Economic Integration*, 1998, 11 ss.; M. GESTRI,

*Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario*, Milano, 2003.

<sup>14</sup> Article 2(4) della direttiva.

<sup>15</sup> Il *Conseil d'Etat* belga ha stabilito, il 15 gennaio 2009, che, secondo la direttiva, un unico Stato membro può esercitare la giurisdizione nei confronti di un'emittente, mentre è giuridicamente irrilevante che sia stata concessa una licenza con un servizio omonimo in un altro Paese (Lussemburgo), v. COM(2009) 309 def., 26 giugno 2009, Settima relazione sull'attuazione della direttiva 89/552/CEE « Televisione senza frontiere ».

<sup>16</sup> A novembre 2008 erano trasmessi negli Stati membri, su una o più piattaforme, almeno 650 canali (su un numero complessivo di 1742) rivolti al mercato di uno Stato membro diverso da quello di stabilimento o di Paesi situati al di fuori dell'Unione. Inoltre, erano trasmessi in almeno uno Stato membro più di 750 canali provenienti da Stati terzi, v. COM(2009) 309 def. 26 giugno 2009, Settima relazione, cit..

sai ridotto nella prassi applicativa, dimostra che il meccanismo della direttiva ha funzionato in termini di deterrenza per lo stabilimento in altri Paesi membri (emittenti « estero-vestite »). L'impatto sugli assetti consolidati dei sistemi televisivi nazionali è tuttavia più consistente in alcuni Paesi membri per le dimensioni della popolazione oltre che per ragioni linguistiche e culturali<sup>17</sup>.

L'equilibrio tra libera circolazione e meccanismi anti-elusione può incidere sulla conservazione di aspetti significativi nei sistemi nazionali, in cui vi siano condizioni più rigide degli standard europei armonizzati. L'evoluzione della direttiva sulla giurisdizione applicabile e sull'abuso di diritto/elusione della legislazione dello Stato di destinazione, hanno trovato una specifica elaborazione, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia proprio nel settore televisivo<sup>18</sup>.

La direttiva presuppone anche la libertà di diritto di stabilimento in uno Stato membro che non esclude la libertà di erogare servizi diretti esclusivamente verso un altro Stato membro<sup>19</sup>.

La tecnica di armonizzazione minimale, determina il rischio di forlonatori di servizi alla ricerca della localizzazione ottimale, o di delocalizzazione, rispetto al Paese di « naturale » stabilimento, per sfruttare la giurisdizione più favorevole sulla base delle condizioni normative di erogazione dell'attività economica in parola.

Sotto questo profilo dell'abuso di diritto, consistente nell'elusione delle norme dello Stato di destinazione dei servizi, il settore televisivo ha rappresentato un ambito paradigmatico di un corretto ed equilibrato esercizio delle libertà fondamentali del

<sup>17</sup> A riguardo occorre considerare le affinità di alcuni Paesi membri vicini (di lingua francese, neerlandese, tedesca o in Paesi membri in cui vi è una conoscenza diffusa della lingua inglese), gli interessi dei Paesi terzi (di lingua russa verso le minoranze dei Paesi baltici) e, in generale verso gli emigrati (soprattutto di lingua araba, turca e cinese) negli Stati membri. In alcune parti dell'Unione, l'impatto può variare in relazione alla maggiore integrazione delle aree economiche ed ai conseguenti investimenti transnazionali nei mercati della pubblicità.

Si tende a minimizzare il fenomeno per quanto riguarda l'Italia ma si pensi alle potenzialità della Svizzera, Montecarlo e San Marino, limitate nel passato per i programmi lineari, ma che potrebbero avere un altro significato se riferite ai programmi non lineari.

<sup>18</sup> Si riducono invece le situazioni me-

ramente interne relative alle « trasmissioni televisive destinate unicamente al territorio nazionale e che non possono essere ricevute, direttamente o indirettamente, dal pubblico di uno o più altri Stati membri », per le quali gli Stati membri conservano la facoltà di applicare un diverso regime per le modalità di inserimento e l'affollamento pubblicitario (art. 26, direttiva servizi media audiovisivi).

<sup>19</sup> Secondo la Corte di giustizia, « il trattato non vieta ad un'impresa di esercitare la libera prestazione di servizi qualora non offra servizi nello Stato membro nel quale è stabilita » Causa C-56/96, VT4 Ltd. contro Vlaamse Gemeenschap, punto 22; causa C-212/97, Centros contro Erhvervs-og Selskabsstyrelsen; cfr. anche causa C-11/95, Commissione contro Belgio, e causa C-14/96, Paul Denuit. V. testo consolidato, considerando (31) 2007/65/CE.

mercato riconosciute dal Trattato. Non solo a livello di individuazione giurisprudenziale dei principi applicabili in materia, ma anche dello sviluppo di norme e procedure per i rimedi nel caso di infrazioni da parte dell'emittenti transfrontaliere.

Secondo l'*acquis* della Corte sul diritto di stabilimento, è legittima l'attività di una impresa che non offra servizi nello Stato membro nel quale è stabilita, ma solo verso il territorio di altri Stati, a meno che le ragioni dello stabilimento nello Stato di trasmissione sia determinato dall'intenzione di eludere norme nazionali più severe dello Stato di destinazione.

Di conseguenza, i programmi di una impresa di radiodiffusione stabilita in uno Stato membro, ideati e destinati esclusivamente al pubblico di un secondo Stato, rientrano comunque nella giurisdizione dello Stato di origine, a meno che non si configuri come comportamento fraudolento per eludere, tramite abuso di diritto, le norme del Trattato.

Quanto ai servizi a richiesta, non esistono disposizioni analoghe nei casi di elusione delle norme nazionali più rigorose; tuttavia, i principi generali elaborati dalla Corte di giustizia si applicano anche a questi servizi<sup>20</sup>. Anche se non specificamente collegata alle trasmissioni televisive occorre ricordare la sentenza Cadbury Schweppes della Corte di Giustizia<sup>21</sup>. Tale sentenza interpretava le norme del trattato sul diritto di stabilimento come ostative della possibilità di includere nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro gli utili prodotti dalla impresa estera partecipata in altro Stato membro (esclusivamente in conseguenza di un diverso livello di tassazione tra i due Stati membri). L'applicazione di misure di questo tipo è legittima, secondo la Corte, soltanto per la costruzione di società « di puro artificio ». È pertanto da escludere ogni qualvolta esistano elementi oggettivi e verificabili che comprovino l'esistenza della partecipata e l'esercizio di effettiva attività economica.

<sup>20</sup> Direttiva 2000/31/CE, considerando 57: la Corte di giustizia ha costantemente affermato che uno Stato membro ha il diritto di adottare provvedimenti contro il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro che indirizzi tutta la sua attività o la maggior parte di essa verso il territorio del primo Stato membro nel caso in cui il luogo di stabilimento sia stato scelto al fine di eludere la legge che si sarebbe applicata al prestatore se questi fosse stato stabilito nel territorio del primo Stato membro. Si vedano in particolare le cause C-212/97, Centros, 9 marzo 1999, e C-196/04, Cadbury, 12 settembre 2008.

<sup>21</sup> Sentenza Cadbury Schweppes plc v Commissioners of Inland Revenue, Causa

C-196/04, in *Raccolta*, I-7995. La legislazione britannica sulle società controllate estere può essere applicata unicamente alle costruzioni fiscali di puro artificio. Per verificare se una società eserciti un'attività reale, le autorità nazionali devono prendere in considerazione elementi oggettivi verificabili da parte dei terzi e non solamente considerazioni soggettive ». V. anche Sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-255/02, C-419/02 e C-223/03, Halifax plc e a. *Raccolta*, I-1609, punti 74-75 che distingue tra la pluralità di cause o motivi sottostanti l'operazione (elementi obiettivi) dalla finalità di conseguire un risparmio d'imposta e, soprattutto, richiede la contrarietà rispetto agli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario.

In ambito europeo si è posta la questione dell'abuso di diritto in relazione all'utilizzo delle libertà del mercato del diritto comunitario. Con la sentenza *Halifax*, la Corte ha statuito che l'interpretazione delle norme comunitarie nel limite dell'abuso del diritto costituisce un limite generale nel diritto dell'Unione, che non consente di aggirare la normativa di uno Stato membro, mediante l'esercizio delle libertà del mercato. L'abuso del diritto si realizza quando si invocano le disposizioni del diritto comunitario per evadere la normativa nazionale e per conseguire agevolazioni in modo che contrasti con gli scopi e con le finalità di quelle stesse disposizioni<sup>22</sup>.

#### 5. *SEGUE*: IL NEGOZIATO SULL'INTRODUZIONE DI UNA CLAUSOLA *AD HOC* NELLA DIRETTIVA.

La revisione della direttiva ha avuto per oggetto anche la questione dell'abuso del diritto di stabilimento da parte di imprese di servizi televisivi, che trasmettono prioritariamente verso un altro Stato membro.

Al momento del negoziato di revisione della direttiva, alcuni Stati membri erano intenzionati a contrastare, con l'adozione di un adeguato meccanismo giuridico, il fenomeno delle emittenti transfrontaliere<sup>23</sup>. Nella sua proposta di direttiva, la Commissione aveva previsto l'introduzione di un meccanismo che consentisse ad uno Stato membro di destinazione « al fine di prevenire abusi o comportamenti fraudolenti, adottare misure appropriate nei confronti di un fornitore di servizi di media stabilito in un altro Stato membro e la cui attività è orientata in tutto o in massima parte verso il territorio del primo Stato membro » sulla base di una procedura di consultazione con lo Stato di origine e di una valutazione della Commissione per la compatibilità con il diritto comunitario<sup>24</sup>. La

<sup>22</sup> Nel settore della tassazione armonizzata (IVA) l'abuso del diritto si identifica con l'elusione fiscale, v. sentenza del 22 maggio 2008, causa C-162/07, in *Raccolta*, I-4019, punto 27.

<sup>23</sup> Il « Gruppo dei 13 » favorevole ad un rafforzamento del controllo dell'attività per evitare l'elusione delle norme nazionali era costituito nel marzo 2004 da: Austria, Belgio, Estonia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Repubblica Ceca, Slovenia e Svezia.

<sup>24</sup> V. COM/2005/0646 def. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 89/552/CEE cit., (proposta di nuovi paragrafi da 7 a 10 dell'art. 2). La proposta di modifica di direttiva rafforza questo aspetto: è previsto che lo Stato membro di ricezione

possa adottare misure appropriate nei confronti di un fornitore di servizi di media stabilito in un altro Stato membro e la cui attività sia indirizzata principalmente verso altro Stato con finalità fraudolenta, con un evidente abuso del diritto di stabilimento. La procedura proposta prevedeva che lo Stato di ricezione abbia l'onere della prova della violazione; richieda senza successo allo Stato di stabilimento di adottare le misure; notifichi alla Commissione e allo Stato di stabilimento l'intenzione di adottare tali misure. Resta alla Commissione la decisione sulla compatibilità con il diritto comunitario delle misure, che devono essere comunque non discriminatorie, e rispondenti al criterio di proporzionalità. In caso di decisione negativa della Commissione, lo Stato membro di ri-

proposta iniziale riscontrava l'opposizione di due posizioni diverse<sup>25</sup>. Il compromesso proposto nell'Orientamento generale sotto la Presidenza finlandese conservava la suddetta procedura<sup>26</sup>. Il Parlamento europeo sosteneva invece la posizione favorevole ad una procedura limitata solo ai casi di abuso o frode<sup>27</sup>.

Infine, un emendamento proposto dal Parlamento, ha consentito di eliminare la proposta sull'abuso/elusione dal testo e di trasferire la questione nei considerando n. 40<sup>28</sup> e 42<sup>29</sup>, in cui è riportato un elenco di criteri, quali l'origine degli introiti pubblicitari o degli abbonamenti, la lingua principale del servizio o l'esistenza di programmi o comunicazioni commerciali destinati specificamente allo Stato di ricevimento.

## 6. LE DEROGHE AMMISSIBILI ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE PER I SERVIZI A DOMANDA.

Lo Stato membro, che esercita la propria giurisdizione su un'emittente o prestatore di servizi a domanda (non lineari), dovrebbe garantire l'osservanza del diritto interno coordinato dalla direttiva. Ciò al fine di assicurare la libera circolazione dei servizi senza necessità di procedere ad un secondo controllo nello Stato

cezione non potrà adottare le misure preventive.

<sup>25</sup> Alcune delle delegazioni (Svezia, Belgio, Irlanda, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia e Lituania) ritenevano il compromesso della Presidenza non soddisfacente, in quanto poco vincolante e restrittivo, mentre altri (Germania, Danimarca, Ungheria, Lussemburgo e Regno Unito) lo ritenevano la massima limitazione formulabile nei confronti del principio del paese d'origine, v. Doc.14464/06 COR 1, del 7 novembre 2006, Relazione del Comitato dei Rappresentanti Permanenti (Parte prima) al Consiglio, Orientamento generale.

<sup>26</sup> Il testo proposto dalla presidenza finlandese prevedeva una procedura per le trasmissioni dirette ad uno Stato membro diverso da quello del paese di origine: «In cases where a Member State: b) assesses that a broadcaster under the jurisdiction of another Member State provides a television broadcast which is wholly or mostly directed towards its territory (...) the Member State having jurisdiction shall request the broadcaster to comply with the rules of general public interest in question», v. Doc 15277/06, 15 November 2006, General Orientation (art. 3, par. 1b).

<sup>27</sup> Favorevole Relazione Hieronymi A6-0399/2006, 22 novembre 2006, Emenda-

damento n. 88. Il Parlamento richiedeva in prima lettura che l'attivazione della procedura e l'adozione delle misure per pretese violazioni fossero adottabili solo nei confronti del fornitore di servizi di media per prevenire abusi o una condotta fraudolenta, v. P6\_TA(2006)0559, del 13 dicembre 2006, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, cit. (art. 3, paragrafi 2, lett. c) e 3, lett. c).

<sup>28</sup> La Corte di giustizia, da parte sua, ha sottolineato che « il trattato non vieta ad un'impresa di esercitare la libera prestazione di servizi qualora non offra servizi nello Stato membro nel quale è stabilita » La giurisprudenza a cui rinvia il considerando 40 della direttiva SMA comprende: le sentenze VT4 Ltd, Causa C-56/96, in *Raccolta*, 1997, I-3143, punto 22; Centros, causa C-212/97, in *Raccolta*, 1999, I-1459; cfr. Commissione c. Belgio, causa C-11/95, in *Raccolta*, 1996, I-4115 e Paul Denuit, causa C-14/96, in *Raccolta*, 1997, I-2785.

<sup>29</sup> Nel valutare, caso per caso Causa C-212/97, Centros, cit.; causa 33/74, Van Binsbergen contro Bestuur van de Bedrijfsvereniging, in *Raccolta*, 1974, 1299; causa C-23/93, TV 10 SA contro Commissariaat voor de MEDIA, punto 21, in *Raccolta*, 1994, I-4795.

membro di ricezione, che può, in via eccezionale e in particolari condizioni, derogare a tale principio in caso di gravi violazioni, specie se relative al rispetto dei diritti fondamentali.

Nella direttiva SMA (così come nella versione TSF del 1997), il meccanismo delle deroghe applicabili alle trasmissioni televisive relative alla tutela dei minori e al divieto di incitamento all'odio razziale consiste in una procedura in due fasi: l'obbligo di attivare un meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri interessati per la ricerca di soluzioni condivisibili; l'intervento successivo della Commissione sulla compatibilità con il diritto dell'Unione sulle misure dello Stato membro di ricezione<sup>30</sup>.

Per i servizi non lineari a domanda<sup>31</sup>, i principi previsti nella direttiva sul commercio elettronico (servizi della società dell'informazione)<sup>32</sup> sono riprodotti « in fotocopia » nella direttiva servizi media audiovisivi. Per tali servizi, il livello di armonizzazione dei contenuti è maggiore nella direttiva in vigore, ma certamente ridotto rispetto a quello delle trasmissioni televisive tradizionali.

Per quanto riguarda i prestatori di servizi della società dell'informazione (ad esempio, operatori dei siti Internet) è previsto l'obbligo di rispettare le disposizioni dello Stato di stabilimento (regola del paese d'origine o « clausola del mercato interno »), in cui esercita effettivamente e a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile. La norma lascia agli Stati membri la possibilità di derogare al principio del paese d'origine per specifici motivi d'interesse generale, applicando la relativa procedura di notifica<sup>33</sup>. Secondo l'art. 3, par. 4, gli Stati membri pos-

<sup>30</sup> La procedura si instaura con la notifica di contestazione di un minimo di due violazioni e delle previste misure sanzionatorie, da parte dello Stato di ricezione all'impresa televisiva e alla Commissione. Se le consultazioni non consentano di raggiungere una composizione amichevole della controversia, e la violazione si ripeta ancora una volta (la terza), lo Stato di ricezione può prendere misure provvisorie unilaterali. La Commissione adotta una decisione di compatibilità con il diritto comunitario delle misure in questione oppure, al contrario, chiede d'urgenza allo Stato di annullarle. Nella versione direttiva TSF del 1997, v. articoli 2-bis, par. 2; 22 e 22-bis della direttiva.

<sup>31</sup> Malgrado la distinzione appaia discutibile e, comunque, di facile obsolescenza, la distinzione ha un limitato senso solo se riferita a programmi disponibili « esclusivamente » in forma lineare. Altrimenti, sarebbe davvero risibile l'argomento del diverso impatto dei due sistemi di trasmissione sul pubblico, o, secondo la dizione della direttiva, « sulla società ». Com'è no-

to, si tratta di una modalità di fruizione via cavo e Web. Allo stato dell'arte, il sistema digitale terrestre e satellitare non impiegano ancora una vera e propria modalità interattiva, in quanto in realtà si tratta di una memoria in formato compresso inviato sui decoder/registratori, che l'utente trasforma in un programma fruibile in un momento di sua scelta. Si potrebbe affermare in maniera paradossale che tutte le video-registrazioni (anche realizzate a livello personale con qualsiasi mezzo) consentono, per così dire, una « visione in forma non lineare » di programmi, trasmessi precedentemente « in modo lineare ». Inoltre, occorre considerare che molti programmi possono essere rivisti il giorno seguente in forma non lineare via Internet.

<sup>32</sup> 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, cit..

<sup>33</sup> V. 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

sono adottare provvedimenti in deroga alla libera circolazione dei servizi lesivi o di un rischio serio e grave di pregiudizio all'ordine pubblico (in particolare per l'opera di prevenzione, investigazione individuazione e perseguimento in materie penali, quali la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché violazioni della dignità umana della persona); la tutela della sanità pubblica; la pubblica sicurezza; la tutela dei consumatori/ investitori. Le misure in deroga devono essere ovviamente necessarie e proporzionate a tali obiettivi. La procedura prima di adottare i provvedimenti in questione (fatti salvi i procedimenti giudiziari, anche istruttori, e gli atti compiuti nell'ambito di un'indagine penale), prevede che lo Stato membro chieda senza successo allo Stato che esercita la giurisdizione di prendere provvedimenti, notificando alla Commissione e allo Stato membro l'intenzione di adottare tali provvedimenti. Sono previsti una procedura di urgenza e, in ogni caso, un esame della Commissione sulla compatibilità dei provvedimenti adottati<sup>34</sup>.

## 7. LA NORMATIVA ITALIANA SUI SERVIZI TRASFRONTALIERI.

La ricezione o trasmissione di servizi di media audiovisivi a richiesta provenienti dagli altri Stati membri può essere sospesa dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della sanità pubblica e dei consumatori<sup>35</sup>. La nuova disposizione estende ai servizi su richiesta la garanzia della libertà di ricezione e di ritrasmissione e definisce la procedura di sospensione provvisoria per i servizi televisivi e disciplina, per la prima volta, i casi di sospensione applicabili ai servizi di media a richiesta.

Per i servizi televisivi vengono correttamente introdotte nell'ordinamento italiano le fattispecie previste dalla direttiva in casi di violazione, seria, grave e manifesta dei divieti di trasmissione di

particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (« Direttiva sul commercio elettronico ») GUUE L 178 del 17 luglio 2000.

Nella prassi, si sono verificate limitate applicazioni di tale meccanismo, limitate ai servizi finanziari on line, v. COM/2003/0259 def., L'applicazione ai servizi finanziari degli articoli da 3, paragrafo 4 a 3, paragrafo 6 della direttiva sul commercio elettronico; COM/2003/0702 def., Prima relazione in merito all'applicazione della 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).

<sup>34</sup> V. art. 3, paragrafi da 4 a 6. La clausola del « paese d'origine » non si applica ad alcune attività alle attività notarili o di rappresentanza in giudizio (allegato 1) e ad alcuni settori specifici, quali diritti d'autore o contratti conclusi dai consumatori, su cui v. COM(2008) 614 def., del 8 ottobre 2008, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori.

<sup>35</sup> Art. 3 D.Lgs. n. 44/2010, che introduce l'art. 1-ter D.Lgs. n. 177/2005, Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici.

programmi che possono nuocere ai minorenni o che contengono incitamento all'odio basato su discriminazioni di razza, sesso, religione e nazionalità. All'Agcom è attribuita la competenza per l'adozione delle eventuali misure di sospensione provvisoria della ricezione o ritrasmissione. I provvedimenti possono essere adottati dall'Agcom: *a*) previa notifica al fornitore di servizi ed alla Commissione europea delle violazioni e dei provvedimenti previsti in caso di nuove infrazioni; *b*) in assenza di una soluzione amichevole entro un termine di quindici giorni dalla notifica della pretesa violazione che continui. Per i servizi a richiesta, l'Agcom può disporre la sospensione solo quando i provvedimenti sono necessari per gli specifici interessi previsti dalla direttiva.

Questo meccanismo è applicabile anche ai servizi soggetti alla giurisdizione italiana, perché si avvalgono di un collegamento terra-satellite posto in Italia o di una capacità via satellite di competenza italiana (art. 1-*bis*, co. 4) o di cataloghi o contenuti ricevibili in Italia, non soggetti alla giurisdizione di alcuno Stato membro. In caso di violazioni dei principi fondamentali<sup>36</sup>, l'Agcom può anche « (...) ordinare al fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato o all'operatore di rete o di servizi sulla cui piattaforma o infrastruttura sono veicolati programmi, di adottare ogni misura necessaria ad inibire la diffusione di tali programmi o cataloghi al pubblico italiano » (art. 3 co. 8)<sup>37</sup>.

#### 8. LA CLAUSOLA DEROGATORIA DELLA LIBERTÀ DI TRASMISSIONE PER LA TUTELA DEI MINORI.

Per quanto riguarda la tutela dei minori contro programmi che possano nuocere gravemente al loro *sviluppo fisico, mentale o morale* ed il divieto di incitamento all'odio basato su differenze di razza, sesso, religione o nazionalità, la regola generale della direttiva sulla libertà di ricezione senza restrizioni nel territorio degli altri Stati, è sottoposta ad una clausola derogatoria, che consente allo Stato di destinazione, tramite apposita procedura, di adottare provvedimenti in presenza di pretese violazioni in misura *manifesta, seria e grave*<sup>38</sup>.

Nella *ratio* di questa clausola, come per tutte le altre occasioni in cui la normativa comunitaria la prevede, si ritrova la conside-

<sup>36</sup> Anche delle norme poste a garanzia degli utenti, art. 32 — e a tutela dei diritti d'autore e diritti connessi, art. 32-*bis* del Testo Unico.

<sup>37</sup> Nel caso di inosservanza di tale ordine, è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

<sup>38</sup> La limitazione di un principio del

Trattato, come quella della libertà di circolazione dei servizi deve comunque essere interpretata in senso restrittivo, v. sentenza, *Commissione contro Belgio* del 9 marzo 2000, Causa C-355/98, in *Raccolta*, 2000, I-1221, punto 28; causa C-348/96 *Calfa*, in *Raccolta*, 1999, I-0011, punto 23.

razione di possibili diverse valutazioni della *morale* tra le autorità dello Stato d'origine e quelle dello Stato di destinazione-ricezione. I provvedimenti presi dallo Stato di destinazione-ricezione potrebbero richiedere eventuali misure sanzionatorie da parte dello Stato di origine.

Secondo la Corte<sup>39</sup>, la *decisione* della Commissione sulla compatibilità delle misure nazionali col diritto comunitario si limita ad una valutazione *a posteriori* e non costituisce una autorizzazione retroattiva alle decisioni dello Stato di ricezione. Tuttavia, questa interpretazione appare, a nostro avviso, discutibile, considerato che in caso di valutazione negativa tale Stato dovrebbe annullare le misure adottate. Nella prassi successiva, questa facoltà dello Stato di ricezione è stata raramente esercitata<sup>40</sup>.

Inoltre, si sono verificate controversie sulla giurisdizione applicabile, in casi in cui la legislazione dello Stato di ricezione conteneva norme più severe o più dettagliate rispetto alla legislazione del paese di stabilimento dell'emittente<sup>41</sup>. Le controversie sono state risolte risolto con procedure di cooperazione intergovernativa.

Infine, la questione della ritrasmissione dal territorio di uno degli Stati membri<sup>42</sup>, di servizi provenienti da Stati-terzi contenenti programmi dei quali si lamentava il carattere di incitamento all'odio si è posto, in un caso, con particolare rilievo<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Tribunale di prima istanza *Danish Satellite TV (DSTV) A/S (Eurotica Rendez-Vous Television) contro Commissione* del 13 dicembre 2000, causa T 69/99, in *Raccolta* 2000, II-04039. Il Tribunale di primo grado ha statuito l'irricevibilità del ricorso.

<sup>40</sup> Ad es. il Regno Unito ha emanato, in data 21 febbraio 2005, un *ordine di proscrizione* del servizio televisivo denominato *Extasi TV*, contenente trasmissioni di pornografia violenta, trasmessa via satellite dal territorio spagnolo ma da una impresa stabilita in Italia, con qualche incertezza sulla definizione dello Stato membro di giurisdizione competente, v. *Explanatory Memorandum to The Foreign Satellite Service Proscription Order* 2005 No. 220 (all'indirizzo [http://www.culture.gov.uk/global/publications/archive\\_2005/proscription\\_order.htm](http://www.culture.gov.uk/global/publications/archive_2005/proscription_order.htm)). L'intenzione di emanare il provvedimento (che non comporta l'illegalità delle trasmissioni, ma il divieto di inserzione pubblicitaria e altre attività collaterale, quali vendita di carte di decodificazione, informazioni sulla programmazione, ecc.) era stata notificata alla Commissione, il 20 dicembre 2004, in quanto *manifesta, seria e grave violazione* della norma di cui all'articolo 22 della Direttiva.

<sup>41</sup> V. il caso dei canali *TV3 e Canal 5*, tra Gran Bretagna e Svezia. La Commissione svedese per la radiodiffusione ha segnalato alla Commissione che riteneva che i canali *TV3 e Canal 5*, soggetti alla giurisdizione del Regno Unito, ricadessero sotto la giurisdizione svedese. Anziché adottare misure unilaterali, la Svezia ha avviato un dialogo tra le autorità di regolamentazione interessate. Si sono verificati conflitti analoghi tra Irlanda e Regno Unito, V. Quinta Relazione cit., 5.

<sup>42</sup> Soggetto pertanto alla sua giurisdizione ai sensi dell'art. 2, par. 4 della direttiva.

<sup>43</sup> V. il caso della televisione *Al Manar*, che era trasmesso da vari fornitori europei di servizi satellitari (*Eutelsat*, soggetta alla giurisdizione francese; *New Sky Satellite* nella giurisdizione olandese e *Hispasat*, nella giurisdizione olandese). In seguito alla diffusione da parte di *Al Manar* di una serie di programmi antisemiti, il caso è stato al centro di consultazioni tra gli Stati membri e la Commissione, che si sono concluse con l'ordine di cessazione della diffusione, emanato da ciascun dei governi interessati rivolto alle imprese con piattaforme di ritrasmissione sotto la loro giurisdizione. V. Quinta Relazione cit., 6.