

CAPITOLO PRIMO

LA POLITICA AUDIOVISIVA DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione tecnologica e l'emergere di nuovi servizi audiovisivi. – 2.1. La distinzione tra servizi "lineari" e "non lineari" nella normativa dell'Unione europea. – 3. La disciplina delle trasmissioni televisive: loro inquadramento tra i "servizi" disciplinati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. – 3.1. Le deroghe alla libera circolazione dei servizi televisivi tra gli Stati membri dell'Unione. – 3.2. L'intervento legislativo dell'Unione per la disciplina dei contenuti delle trasmissioni televisive. – 4. Politica audiovisiva e ripartizione di competenze tra Stati membri ed Unione sulla base del principio di sussidiarietà. La portata dell'art. 167, par. 4, del TFUE. – 5. La tutela della libertà di informazione nel diritto dell'Unione. L'incidenza della prassi del Consiglio d'Europa. – 5.1. Il pluralismo dell'informazione, principio generale del diritto dell'Unione europea. – 5.2. L'esigenza di un intervento dell'Unione per l'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

1. Premessa

La politica audiovisiva dell'Unione europea si è realizzata e continua a realizzarsi in un contesto tecnologico in costante mutamento. L'accresciuto numero dei servizi disponibili all'utente fruibili su varie piattaforme, il superamento delle situazioni di monopolio con l'accesso al mercato come fornitori di servizi di nuovi soggetti privati, la competizione internazionale e la conseguente inefficacia di provvedimenti puramente nazionali, l'esigenza di realizzare l'obiettivo comunitario della instaurazione del mercato unico anche in questi settori, la tutela dei consumatori-utenti sono solo alcuni dei fattori che hanno reso di fatto ineludibile il progressivo trasferimento di competenze normative in materia di audiovisivo dagli Stati membri alle istituzioni dell'Unione.

I risultati concreti sono numerosi ed importanti. In primo luogo, l'effetto dell'applicazione delle norme del Trattato CE (e poi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) che riguardano la libera circolazione dei fattori produttivi nel mercato interno, ed in particolare del principio del mutuo ri-

conoscimento delle legislazioni, è stato, in molti casi, quello di provocare, vincendo le resistenze nazionali, l'apertura dei sistemi radiotelevisivi alla concorrenza di emittenti stabilite in altri Paesi membri: fenomeno, questo, particolarmente evidente in aree geografiche omogenee dal punto di vista linguistico. Di più, con interventi di armonizzazione delle legislazioni nazionali la Comunità (ed oggi l'Unione) è arrivata a disciplinare materie in precedenza gelosamente riservate alla esclusiva competenza nazionale: è qui sufficiente citare la disciplina in tema di accesso all'attività radiotelevisiva, di assegnazione delle frequenze, di regolamentazione della comunicazione commerciale, di tutela dei minori, di diritto di rettifica, di diritti di cronaca, di diritto d'autore. È inoltre estremamente rilevante l'impatto del diritto europeo della concorrenza e degli aiuti di Stato, nonché i vincoli imposti agli Stati membri dalle regole del Trattato in merito alla definizione ed alla disciplina dei compiti di servizio pubblico affidati alle emittenti radiotelevisive nazionali. E si tratta di una lista tutt'altro che esaustiva¹.

Ognuno di questi interventi meriterebbe una trattazione approfondita. In questa sede sarà tuttavia oggetto di analisi l'unico strumento normativo dell'Unione espressamente dedicato alla disciplina dei *contenuti* delle trasmissioni televisive: la direttiva n. 2010/13/UE, sui servizi di media audiovisivi (SMAV), versione codificata della direttiva "televisioni senza frontiere", inizialmente approvata nel 1989 (n. 89/552/CEE)² e successivamente modificata con direttive 97/36/CE³ e 2007/65/CE⁴.

In termini generali, la rilevanza di questa direttiva deriva dalla circostanza che con essa si è data compiuta realizzazione alla vocazione della Comunità (e poi dell'Unione) ad occuparsi – e con atti di portata normativa vincolante nei confronti degli Stati membri e quindi delle imprese ivi stabilite – di materie

¹ Per una valutazione d'insieme dei principali profili della regolamentazione comunitaria dei contenuti audiovisivi v. M. HOLOUBEK, F. DAMJANOVIC, M. TRAINER, *Regulating Content – European Regulating Framework for the Media and Related Creative Sectors*, Alphen a/d Rjin, 2007 nonché, più di recente, M. FEINTUCK, M. VARNEY, *Regulating Media Markets: The Need for Subsidiarity and Clarity of Principle*, in P. BIRKINSHAW, M. VARNEY (eds.), *The European Union Legal Order after Lisbon*, Alphen a/d Rjin, 2010, p. 155 ss.

² Direttiva 89/552/CEE 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 (GUCE n. L 298 del 17 ottobre 1998) c.d. direttiva "Televisione senza frontiere" (nel prosieguo, direttiva TSF).

³ Direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 1997, in GUCE n. L 202 del 30 luglio 1997.

⁴ Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, in GUUE n. C 312 del 18 dicembre 2007.

che rivestono una grande importanza nella vita culturale dei singoli Paesi, nonostante la cultura non rientri di per sé tra i settori per i quali i Trattati istitutivi prevedono una devoluzione di poteri e competenze dagli Stati membri all'Unione.

L'intervento normativo realizzato con la direttiva SMAV sarà preso in considerazione in questa prima parte del lavoro procedendo innanzi tutto ad un inquadramento delle competenze dell'Unione, cercando di focalizzare l'attenzione sui problemi riguardanti la ripartizione dei poteri di intervento tra questa e gli Stati membri. Successivamente, un approfondimento sarà dedicato ad una delle questioni più delicate, ed allo stesso tempo sottovalutate, della politica audiovisiva dell'Unione, vale a dire la presenza o meno di una base giuridica sufficiente, nei Trattati, per giustificare l'adozione di regole di armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di proprietà e controllo dei media.

Ci occuperemo infine, sia pure nei limiti imposti dalle dimensioni di questo lavoro, dello stato di conformità del nostro ordinamento alla direttiva SMAV. Per una serie di motivi che si tenterà di indicare nel prosieguo, permane infatti l'estremo interesse che la normativa dell'Unione presenta per il suo impatto sulla disciplina del sistema radiotelevisivo italiano: impatto che per anni è stato invero limitato⁵, se si considera (solo per fornire alcuni esempi) che una serie di inadempienze del legislatore italiano e degli organi di vigilanza amministrativa ha per lungo tempo impedito alle norme incluse nella direttiva 89/552/CEE di produrre gli effetti desiderati nell'ordinamento italiano; inoltre, rispetto a questioni che non rientrano nell'oggetto di questo studio, le regole in tema di distribuzione delle frequenze, codificate nel "pacchetto" di direttive del 2002 sulle comunicazioni elettroniche⁶, appaiono tut-

⁵ Per alcune valutazioni in proposito cfr. R. MASTROIANNI, *L'influenza del diritto comunitario nel settore dell'audiovisivo*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, 2008, p. 189 ss.

⁶ Si tratta, in particolare delle direttive del 7 marzo 2002, n. 2002/20/CE del Parlamento e del Consiglio relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazioni elettroniche (c.d. "direttiva autorizzazioni", in *GUCE*, L 108, p. 21); n. 2002/21/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (c.d. "direttiva quadro", *ivi*, p. 33); n. 2002/19, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (c.d. "direttiva accesso", *ivi*, p. 4) e la direttiva 2002/22, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (c.d. "direttiva servizio universale", *ivi*, p. 51); ad esse va aggiunta la direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (c.d. "direttiva concorrenza", *GUCE*, L 249, p. 21). Le disposizioni delle citate direttive, peraltro di

tora non pienamente rispettate nell'ordinamento italiano, in particolare per quel che concerne la disciplina relativa all'attribuzione delle frequenze analogiche e dunque all'accesso all'attività⁷, nonché le regole in tema di transizione del sistema di distribuzione dei segnali dall'analogico al digitale, in origine inserite nella legge n. 112 del 2004 e poi trasfuse nel D.Lgs. n. 117 del 2005 (c.d. "Testo Unico della radiotelevisione")⁸.

recente oggetto di modifica con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2009/140/CE (in *GUUE* L 337 del 18 dicembre 2009), trovano applicazione per tutte le reti di comunicazioni elettroniche, comprese quelle destinate a veicolare i servizi audiovisivi. Per un quadro d'insieme vedi M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 511 ss.; R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2003; R. BELL, N. RAY, *EU Electronic Communications Law*, Oxford, 2004; G. DE MINICO, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. COSTANZO, G. DE MINICO, R. ZACCARIA (a cura di), *I "tre codici" della società dell'informazione*, Torino, 2006, p. 170 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007. In merito alla revisione delle direttive in questione, operata dalla direttiva 2009/140/CE, v. G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009; F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010.

⁷ Nella sentenza 31 gennaio 2008, causa C-350/05, *Centro Europa 7* (in *Raccolta*, 2008, p. I-349), nel rispondere ai quesiti interpretativi formulati dal Consiglio di Stato, la Corte di giustizia ha accertato la violazione, da parte delle autorità italiane, dei principi fondamentali contenuti nelle direttive su ricordate in tema di attribuzione delle frequenze radiotelevisive, nonché dell'art. 49 del Trattato CE (oggi art. 56 TFUE). In particolare, ha ritenuto che le disposizioni delle direttive comunitarie «ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati». Per commenti v. S. CALZOLAIO, *Il sistema dell'informazione tra Unione europea e legislazione interna*, in *www.forumcostituzionale.it*; A. STAZI, C. STAZI, *L'attività radiotelevisiva, il diritto comunitario e le libertà fondamentali (la Corte di giustizia CE e il caso "Europa 7")*, in *Diritto dell'internet*, 2008, p. 241 ss.; O. GRANDINETTI, *Disciplina televisiva italiana e diritto europeo: gli sviluppi recenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 808 ss.; M. CUNIBERTI, *Il caso "Centro Europa 7": il problema dell'assegnazione delle frequenze per l'attività radiotelevisiva*, in *Quad. Cost.*, 2008, p. 399 ss.; G. DE MINICO, *Il caso "Centro Europa 7": esiste un dopo?*, *ivi*, p. 403 ss.; V. DURANTE, *La questione irrisolta delle frequenze televisive italiane*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 446 ss.; A. GIANNACCARI, *Il caso Europa 7 al Consiglio di Stato*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, p. 133 ss.

⁸ Al momento in cui si scrive è tuttora in corso (nella fase del parere motivato) una (non proprio fulminea) procedura di infrazione contro lo Stato italiano (n. 2005/5086), formalmente iniziata con lettera di messa in mora del 19 luglio 2006, IP/06/1019. La

2. L'evoluzione tecnologica e l'emergere di nuovi servizi audiovisivi

L'evoluzione tecnologica ha portato già da tempo diversi Stati membri dell'Unione ad un processo di rimediazione della politica legislativa in materia di disciplina delle comunicazioni. Con riferimento alla "comunicazione elettronica", riguardante contenuti diffusi attraverso le varie piattaforme, l'uso di mezzi ulteriori ed alternativi rispetto all'etere terrestre ha accresciuto in maniera cospicua le risorse a disposizione dei fornitori dei servizi di comunicazione⁹. Si vive, in sintesi, una delicata fase di transizione che segna il passaggio verso la realizzazione del progetto europeo della *società dell'informazione*¹⁰. Gli sviluppi tecnologici in corso, in particolare l'utilizzo delle tecnologie digitali, creano nuove opportunità per gli operatori, promuovendo sinergie tra i diversi settori coinvolti (telecomunicazioni, audiovisivo, computer, industria dei programmi, editoria elettronica e così via). Il mercato delle reti e dei servizi audiovisivi viene costantemente modificato, anche se appare chiaro che l'immensa potenzialità di offerta di nuovi prodotti non viene sempre accompagnata da una corrispondente crescita dei contenuti e quindi della domanda. Studi relativi al settore audiovisivo dimostrano anzi che la televisione generalista conserverà per alcuni anni una quota prevalente del mercato radiotelevisivo.

Commissione rimprovera all'Italia l'adozione ed il mantenimento in vigore di disposizioni di legge di disciplina dei servizi di trasmissione in tecnica analogica e in tecnica digitale in violazione dell'art. 9 della direttiva 2002/21/CE ("direttiva quadro"), degli artt. 3, 5 e 7 della direttiva 2002/20/CE ("direttiva autorizzazioni") e degli artt. 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE ("direttiva sulla concorrenza"). La pubblicazione, da parte del Governo (Ministero dello sviluppo economico), di un bando di gara per l'attribuzione dei multiplex frutto del c.d. dividendo digitale dovrebbe finalmente comportare l'archiviazione della procedura di infrazione. Cfr. E. BROGI, *Note sui recenti sviluppi della disciplina della televisione digitale terrestre fra diritto interno e comunitario*, in A. PACE, R. ZACCARIA, G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza. Ordinamento comunitario e diritto interno*, Napoli, 2008, p. 107 ss.

⁹ Sulla società dell'informazione, la convergenza ed i problemi giuridici da essa posti cfr. E. CRABIT, E. BERGEVIN, *Le cadre réglementaire des services de la Société de l'Information: laboratoire pour un nouveau droit du marché intérieur?*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, p. 15 ss.; P. CARETTI, *Innovazione, mercati, diritti*, in *Problemi dell'informazione*, 1996, p. 142 ss.; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003.

¹⁰ Per valutazioni in merito alle recenti evoluzioni tecnologiche ed economiche dei mercati cfr. A. NICITA, G.B. RAMELLO, F. SILVA (a cura di), *La nuova televisione. Economia, mercato, regole*, Bologna, 2008.

Va da sé che dal punto di vista del diritto dei cittadini ad un'informazione pluralista, cardine (anche) della politica europea dell'audiovisivo¹¹, l'emergere dei nuovi servizi comporta un evidente vantaggio: un numero potenzialmente infinito di fonti di informazioni; il passaggio dal "tempo della carestia" (l'uso di una frequenza scarsa come l'etere terrestre) a quello "dell'abbondanza". Nel nuovo scenario, vantaggi derivano dalla varietà dei servizi che possono essere distribuiti nelle "autostrade dell'informazione" e dalla possibilità di interagire con i *service providers*.

È evidente che in questa prospettiva il legislatore (europeo, prima che nazionale) viene chiamato a svolgere un ruolo molto delicato. È stato efficacemente dimostrato che le forze del mercato non sono da sole sufficienti a garantire lo sviluppo di un settore così fragile ed al contempo così delicato per il suo rapporto con i diritti fondamentali, e che l'aumento dal lato dell'offerta non significa necessariamente ampliamento delle fonti di informazione, ben potendo detti canali essere appannaggio di pochi operatori¹²: si avverte tuttora il bisogno di un quadro normativo chiaro ed aggiornato, che stimoli tra l'altro la creazione di un sistema di "infrastrutture" (reti) capace di rispondere alle esigenze degli operatori e degli utenti.

Non va inoltre sottovalutata l'influenza negativa che un mercato governato da pochi operatori può provocare, in termini di interesse delle imprese già presenti al mantenimento dello *status quo* e dunque di rallentamento nell'affermazione di nuove piattaforme ed in particolare dello *switch off* del sistema analogico a favore di quello digitale. L'intervento normativo è necessario e deve essere indirizzato, da un lato, a permettere uno sviluppo armonioso di questi nuovi servizi evitando un eccesso di regolamentazione che ne potrebbe

¹¹ V. *infra*, par. 5.

¹² Si tratta di una conclusione pienamente condivisa anche dalle istituzioni dell'Unione e dagli organi del Consiglio d'Europa. Quanto alle prime, eloquente è il Preambolo della Direttiva 2010/13/UE, ove si legge, al Considerando n. 5, che «i servizi di media audiovisivi sono nel contempo servizi culturali ed economici. L'importanza crescente che rivestono per le società, la democrazia – soprattutto a garanzia della libertà d'informazione, della diversità delle opinioni e del pluralismo dei mezzi di informazione – l'istruzione e la cultura giustifica l'applicazione di norme specifiche a tali servizi». Quanto ai secondi, basti citare la recente Recommendation 1855 (2009), adottata il 27 gennaio 2009 dall'Assemblea parlamentare e dedicata a *The regulation of audiovisual media services*, ove si legge al punto 5 che: «Technological progress is increasing the number of channels, programmes and services accessible through audiovisual media. This provides viewers and listeners with a wider choice, comprising linear and on-demand services. However, more audiovisual content does not necessarily mean greater plurality, diversity and quality of content, which remain priorities for audiovisual policies». Il testo si rinviene nel sito web del Consiglio d'Europa, www.coe.int.

comprimere le potenzialità (ad esempio, qualora si prevedesse di assegnare o conservare diritti speciali a vantaggio di determinate imprese, si adottassero misure di aiuto statale in loro favore, come è avvenuto nel noto caso italiano degli aiuti all'acquisto dei decoder per la visione di canali diffusi con la tecnologia digitale terrestre, o si limitasse l'accesso al mercato attraverso procedure di autorizzazione troppo complesse o discrezionali); dall'altro, ad individuare delle regole generali e delle forme di controllo che ne consentano un uso conforme alla pubblica utilità ed al rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo (diritto alla riservatezza ed alla protezione dei dati personali, diritto alla protezione della proprietà intellettuale, protezione del consumatore-utente, tutela dei minori e così via). L'obiettivo finale è favorire la creazione di un ambiente concorrenziale e pluralista sulla base di un numero minimo ma chiaro e coerente di norme, nonché il corretto funzionamento del mercato, garantito da Autorità operanti nel settore in maniera assolutamente indipendente rispetto agli operatori ed al potere politico¹³. È evidente che in una prospettiva di medio termine la normativa sulla concorrenza non può non svolgere, progressivamente, un ruolo essenziale, mentre l'intervento regolamentare *ad hoc* non potrà che essere ridimensionato.

2.1. La distinzione tra servizi “lineari” e “non lineari” nella normativa dell'Unione europea

L'utilizzo della compressione digitale del segnale radiotelevisivo pone in crisi la tradizionale distinzione tra servizi che rientrano nel concetto di *broadcasting* ed altri servizi che implicano un rapporto diretto tra fornitore ed utente. Secondo la distinzione tradizionale, i primi, “lineari” o *point to multi-point*, vengono effettuati da un singolo punto di trasmissione a molteplici punti di ricezione e sono ricevuti nel momento deciso dall'emittente; i secondi, “non lineari” o *point to point*, si realizzano generalmente da un singolo punto di trasmissione ad un singolo punto di ricezione, e quest'ultima avviene nel momento scelto dal destinatario, a seguito di sua richiesta individuale.

¹³ Sull'indipendenza delle Autorità di regolamentazione operanti nel settore radiotelevisivo v. la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, del 20 Dicembre 2000, *on the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector* (Rec (2000) 23), con l'Appendice contenente *Guidelines concerning the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector*. Nella stessa materia il Comitato ha adottato la *Declaration* del 26 marzo 2008. Anche questi testi si rinvencono sul sito web del Consiglio d'Europa.

Dalla distinzione derivano conseguenze di non poco conto, relative innanzitutto alla politica legislativa da seguire. Si ritiene infatti che le attività televisive, per varie ragioni generalmente riconducibili alla scarsità del mezzo utilizzato ed alla pervasività del messaggio, abbisognino di una disciplina particolare, fondata su previsioni di livello costituzionale e caratterizzata da un più stringente intervento della pubblica autorità rispetto a tutti gli altri servizi di comunicazione (elettronica o non). Va da sé che in alcuni casi risulta complicato individuare la linea di confine tra le due attività, in quanto i medesimi contenuti audiovisivi possono essere distribuiti con modalità che secondo la classificazione tradizionale sono inquadrabili come “servizi della società di informazione” (si pensi alla *Video-On-Demand*).

In una visione generale del fenomeno, esistono varie componenti che spingono verso l'inclusione delle attività radiotelesive nel più ampio ambito delle comunicazioni elettroniche. Innanzitutto, la convergenza delle tecnologie: i servizi lineari e non lineari utilizzano entrambi la rappresentazione digitale delle informazioni. Inoltre, le infrastrutture utilizzate per la diffusione dei due tipi di servizi sono di fatto identiche, ed infatti la disciplina comunitaria delle reti, prima ricordata, li considera entrambi. Infine, anche il tipo di rapporto che si crea tra fornitore del servizio e suo fruitore diventa basato su aspetti transattivi sinallagmatici tipici dei servizi di comunicazione.

Tuttavia, appaiono ancora solide le motivazioni che, come prima indicato, giustificano un'attenzione particolare verso le attività televisive rivolte al pubblico in generale. In qualsiasi modo diffuse, queste hanno un impatto particolare sugli utenti; inoltre, le risorse tecniche così come quelle finanziarie non sono illimitate, per cui il pericolo di incidere su valori costituzionalmente tutelati (pluralismo, tutela dei minori, diritto di replica) non è per definizione da escludere. Si può dunque tuttora individuare un interesse pubblico nella regolamentazione delle attività di *broadcasting*, tale da motivare un tipo di intervento sul contenuto delle attività che non sarebbe giustificato, anche per ragioni legate ai principi costituzionali, per le attività di comunicazione elettronica che vedono un rapporto bilaterale ed interattivo tra fornitore del servizio e suo “consumatore”.

In proposito, va innanzitutto osservato che la distinzione tra attività televisive tradizionali ed altri servizi “non lineari” emerge tuttora nella disciplina comunitaria ed internazionale, con la conseguenza di prevedere una regolamentazione più pervasiva per le prime, anche se tende progressivamente a modificarsi. In particolare, uno sguardo diacronico agli interventi dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa consente di individuare una linea progressiva di azione. L'art. 1 della direttiva del Consiglio n. 89/552/CEE, nel testo originario, si preoccupava di definire la “trasmissione televisiva”, unica attività a quel tempo oggetto di disciplina, nella maniera seguente: «per trasmissio-

ne televisiva si intende la trasmissione, via cavo o via etere, nonché la trasmissione via satellite, in forma non codificata o codificata, di programmi televisivi destinati al pubblico. Il termine suddetto comprende la comunicazione di programmi effettuata tra le imprese ai fini della ritrasmissione al pubblico. La suddetta nozione non comprende invece i servizi di comunicazione che forniscono informazioni specifiche o altri messaggi su richiesta individuale, come la telecopiatura, le banche elettroniche di dati e servizi analoghi»¹⁴. La medesima definizione si rinveniva nella Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera¹⁵, coeva alla direttiva, il cui testo ricalcava in gran parte i contenuti della seconda¹⁶.

Nell'interpretazione fornita della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁷, nell'ambito di questa definizione erano da includere le forme di *broadcasting* tradizionali diffuse con qualsiasi piattaforma, le trasmissioni a pagamento (*pay-tv*), la *pay per view* e la *near video on demand*, tutte caratterizzate, sia pure nella diversità di situazioni e di modalità, dalla circostanza che è l'emittente a mettere a disposizione degli utenti un determinato programma, decidendo i tempi di fruizione, mentre si considerava esclusa la trasmissione a richiesta individuale (*video on demand*) in cui è l'utente a scegliere il momento in cui

¹⁴ Per un dettagliato commento alla definizione citata nel testo v. O. CASTENDYK, L. WOODS, *Comments on Article 1, TWFD*, in O. CASTENDYK/E. DOMMERING/A. SCHEUER, *European Media Law*, Alphen a/d Rijn, 2008, p. 267 ss.

¹⁵ La Convenzione europea, predisposta in seno al Consiglio d'Europa, è stata aperta alla firma a Strasburgo il 5 maggio 1989 ed è entrata in vigore il 1° maggio 1993. La legge italiana di ratifica ed esecuzione è la n. 317 del 5 ottobre del 1991. La Convenzione è stata successivamente emendata con Protocollo del 1° ottobre 1998, entrato in vigore il 1° marzo 2002, mentre una successiva revisione, finalizzata in buona parte ad adeguare il testo della Convenzione a quello della direttiva SMAV, non ha sinora visto la luce a causa della rivendicazione, da parte della Commissione europea, della competenza esclusiva dell'Unione (a scapito dei singoli Stati membri) a concludere un accordo internazionale in questa materia.

¹⁶ In assenza di una definizione di "trasmissione televisiva", quanto indicato nel testo si ricava dalla definizione di "Broadcaster" contenuta all'art. 2, lett. c), della Convenzione, ai sensi del quale si intende per tale «the natural or legal person who has editorial responsibility for the composition of *television programme services for reception by the general public* and transmits them or has them transmitted, complete and unchanged, by a third party» (corsivo aggiunto).

¹⁷ Sentenza 2 giugno 2005, causa C-89/04, *Mediakabel*, in *Raccolta*, 2005, p. I-4891. Cfr. G. CAGGIANO, *Sulla distinzione tra servizi di trasmissione televisiva e servizi della società dell'informazione*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2005, p. 1716 ss.; M. DOLORES, *Trasmissioni televisive e servizi della società dell'informazione: la sentenza Mediakabel*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 543 ss.

usufruire dei contenuti, all'interno di una banca dati messa a disposizione da un fornitore.

L'ingresso sulla scena di servizi come la televisione su richiesta (*on demand*) comportava quanto meno il riconoscimento di una zona grigia con caratteristiche difficilmente inquadrabili nell'uno o nell'altro *genus*. Risultavano evidenti i rischi di una regolamentazione asimmetrica (nei contenuti), capace di provocare distorsioni nella concorrenza tra operatori che diffondono i medesimi contenuti con diverse modalità.

Anche in ragione di ciò, il legislatore comunitario si è orientato verso l'adozione di uno strumento normativo unico sui *contenuti* audiovisivi¹⁸, in sostituzione della direttiva TSF, che impone oggi regole generali di comportamento nella diffusione di tutti i "servizi di media audiovisivi" (direttiva 2007/65/CE). Detta definizione generale comprende sia i programmi televisivi come in precedenza definiti (servizi lineari), sia i servizi c.d. non lineari, diffusi su richiesta individuale. Come meglio si vedrà nel prossimo capitolo di questo lavoro, la nuova direttiva (oggi trasfusa nel testo della direttiva di codificazione n. 2010/13/UE) prevede, da un lato, una serie di disposizioni di portata "orizzontale", rivolte cioè a tutti i servizi di media audiovisivi, e dall'altro una serie di regole più incisive e dettagliate, dedicate ai soli servizi tradizionali ("lineari"), maggiormente attente ad interessi generali quali la tutela dell'utente ed in particolare dei minori, la protezione delle produzioni audiovisive europee, la distribuzione delle risorse pubblicitarie.

¹⁸ Direttiva 2007/65/CE, *cit.* Nel Preambolo della Direttiva (Considerando n. 7), si legge che: «Il quadro giuridico che disciplina gli emergenti servizi di media audiovisivi a richiesta è tale da mettere le imprese europee di servizi di media audiovisivi in una situazione d'incertezza giuridica e da creare disparità di condizioni. È pertanto necessario, per evitare distorsioni della concorrenza, rafforzare la certezza del diritto, contribuire al completamento del mercato interno e facilitare la realizzazione di uno spazio unico dell'informazione, applicare almeno un complesso minimo di norme coordinate a tutti i servizi di media audiovisivi, sia ai servizi di radiodiffusione televisiva (cioè, ai servizi di media audiovisivi lineari) che ai servizi di media audiovisivi a richiesta (cioè, ai servizi di media audiovisivi non lineari). I principi fondamentali della direttiva 89/552/CEE, vale a dire il principio del paese di origine e norme minime comuni, hanno dimostrato la loro validità e dovrebbero essere quindi conservati».