



DELIBERA N. 80/23/CONS

**PROVVEDIMENTO DI RIGETTO DELL'ISTANZA DI DEROGA AGLI
OBBLIGHI DI INVESTIMENTO IN OPERE EUROPEE E DI PRODUTTORI
INDIPENDENTI PRESENTATA DALLA SOCIETÀ GOOGLE IRELAND
LIMITED**

(Cataloghi “Google Play Movies & TV” e “YouTube Movies & Shows”)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 30 marzo 2023;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *“Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*;

VISTA la Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato (di seguito, Direttiva SMAV);

VISTO il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, recante *“Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il Testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato”* (di seguito, Testo unico o TUSMA);

VISTO, in particolare, il Titolo VII del Testo unico, rubricato *“Promozione delle opere italiane ed europee da parte dei fornitori”* (articoli 52 – 58) e, specificamente, l'articolo 55, comma 3;

VISTA la Comunicazione della Commissione (2020/C 223/03), recante *“Orientamenti a norma dell'articolo 13, paragrafo 7, della direttiva sui servizi di media audiovisivi, relativi al calcolo della percentuale di opere europee nei cataloghi dei video a richiesta e alla definizione di pubblico di modesta entità e fatturato di modesta entità”* (di seguito, “Orientamenti della Commissione”);

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*” (di seguito, “*Legge sul procedimento amministrativo*”);

VISTA la delibera n. 595/18/CONS del 12 dicembre 2018, recante “*Regolamento in materia di obblighi di programmazione e investimento a favore di opere europee e di opere di produttori indipendenti*”, come modificata dalla delibera n. 24/19/CONS, del 22 gennaio 2019, di seguito “*il precedente Regolamento quote*”, abrogata dalla delibera n. 424/22/CONS;

VISTA la delibera n. 424/22/CONS del 14 dicembre 2022, recante il nuovo “*Regolamento in materia di obblighi di programmazione ed investimento a favore di opere europee e di opere di produttori indipendenti*”, di seguito “*Regolamento quote*”, pubblicata sul sito dell’Autorità in data 30 dicembre 2022 e che sostituisce e abroga le delibere nn. 595/18/CONS e 24/19/CONS;

VISTO il Decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo e il Ministro dello sviluppo economico 29 gennaio 2021, n. 47, recante “*Regolamento in materia di definizione delle opere audiovisive, ovunque prodotte, di espressione originale italiana di cui all’articolo 44-sexies del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante «Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici»*” (di seguito, Decreto);

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 434/22/CONS;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

- 1) In via preliminare, con riferimento al quadro normativo applicabile alla *fattispecie de qua*, si rappresenta che il Testo unico prevede, all’art. 55, comma 2, lett. b) che i fornitori di servizi di media audiovisivi a richiesta devono rispettare “*gli obblighi di investimento in opere audiovisive europee prodotte da produttori indipendenti in misura pari ad una quota percentuale dei propri introiti netti annui in Italia, secondo quanto previsto con regolamento dell’Autorità, così definite: 17 per cento fino al 31 dicembre 2022, 18 per cento dal 1° gennaio 2023, 20 per cento dal 1° gennaio 2024*”, mentre il comma 3 del medesimo articolo 55 prevede che “*Gli obblighi di cui al comma 2, lettera b) si applicano anche ai fornitori di servizi di media audiovisivi a richiesta che hanno la responsabilità editoriale di offerte rivolte ai consumatori in Italia, anche se operanti in altro Stato membro*”. Con riferimento al testo regolamentare applicabile alla fattispecie in questione, si evidenzia che il Precedente Regolamento quote, in vigenza del quale la società ha presentato l’istanza di deroga, è stato abrogato nel corso del presente procedimento istruttorio dalla delibera n. 424/22/CONS, del 14 dicembre 2022, recante il nuovo Regolamento, che conclude

una consultazione pubblica indetta nel luglio del 2022. Occorre, inoltre, introdurre da subito, per comodità espositiva, la differenza tra gli istituti di deroga (richiesto dalla società istante) ed esenzione. L'istituto della deroga, presente già dal precedente Testo unico nell'ordinamento italiano, prevede che, al ricorrere di almeno uno dei requisiti indicati dalla legge (la previsione relativa attualmente in vigore è l'articolo 56, comma 2, del Tusma) il fornitore di servizi possa presentare relativa istanza all'Autorità, chiedendo la deroga totale o parziale agli obblighi previsti dalla legge in materia di opere europee di produttori indipendenti o alle relative sottoquote. L'istanza viene valutata discrezionalmente dall'Autorità come da disposto dell'articolo 9 del Regolamento quote attualmente vigente, sulla base degli elementi forniti dall'istante.

L'istituto dell'esenzione discende invece dal nuovo articolo 13, comma 6, della direttiva SMAV, recepito dall'articolo 55, comma 5 del Tusma, e prevede che gli obblighi in materia di opere europee non si applicano *“ai fornitori di servizi di media aventi fatturato o pubblico di modesta entità, secondo criteri soglia contenuti in regolamento dell'Autorità (...)”*, a tale disposizione è data attuazione con l'articolo 8 del Regolamento allegato alla citata delibera n. 424/22/CONS, che prevede che possano presentare istanza di esenzione i soggetti con un fatturato inferiore a 5 milioni di euro, in tal caso l'Autorità verifica la fondatezza dell'istanza e il ricorrere del requisito del fatturato, rilasciando poi un provvedimento espresso, a tutela della certezza del diritto. Tale istituto è stato pertanto introdotto dal regolamento del 2022, nel corso del procedimento *de quo*. La società ha presentato istanza di deroga (e non esenzione) in corso di vigenza del vecchio regolamento quote e ritiene che questa debba essere valutata esclusivamente ai sensi del vecchio regolamento e non della nuova disciplina entrata in vigore nel corso del procedimento, come riportato più precisamente in seguito;

- 2) Con nota del 30 settembre 2022, acquisita al protocollo dell'Autorità in data 3 ottobre 2022, con prot. n. 0282213, la società Google Ireland Limited (di seguito anche “Google” o “Società”) ha presentato un'istanza, corredata dai relativi allegati, finalizzata all'ottenimento, per i propri servizi di media audiovisivi a richiesta “Google Play Movies & TV” e “YouTube Movies & Shows” (di seguito anche, congiuntamente, “i servizi”) della deroga totale agli obblighi di investimento in materia di opere europee e di produttori indipendenti, di cui all'art. 55 del Testo unico e ai sensi del precedente Regolamento quote, in quanto regolamento vigente all'epoca della presentazione dell'istanza. Come prerequisite, la Società ha dichiarato il ricorrere di quello previsto dall'art. 56, comma 2, *lett. b)* del Testo unico e dall'art. 7, comma 1, *lett. b)*, del *Regolamento quote*, ovvero la quota di mercato inferiore all'1%. Ai sensi dell'articolo 9, comma 1, *lett. b)*, del nuovo Regolamento quote, il requisito attualmente previsto è invece *“un fatturato riferito ai ricavi da pubblicità, da televendite, da sponsorizzazioni, da contratti o convenzioni con soggetti pubblici e privati, da provvidenze pubbliche e da offerte televisive a pagamento, inferiore a 10 milioni di euro”*. Google Ireland, nella medesima istanza, si riservava espressamente il diritto di richiedere un'audizione ai sensi dell'art. 7, comma 4, del Regolamento e

di produrre ulteriore documentazione. Con riferimento alla durata del regime derogatorio richiesto, la Società non ha specificato il periodo di tempo per cui richiedeva la deroga;

- 3) In data 18 ottobre 2022, con nota prot. n. 0297639, è stato dato avvio al procedimento finalizzato alla verifica dei requisiti per la concessione della deroga totale agli obblighi di investimento in materia di opere europee e di produttori indipendenti. Contestualmente, ritenendo necessario acquisire dalla Società ulteriori elementi di informazione in merito ai servizi per cui si richiede la deroga, ai fini della valutazione della stessa, l'Autorità ha inviato alla Società una richiesta di informazioni, ai sensi dell'art. 7, comma 5, del precedente Regolamento quote. I termini del procedimento sono dunque stati sospesi dalla data del protocollo in uscita fino alla data del protocollo di ingresso della risposta della Società, come previsto dalla medesima disposizione. Il termine di trenta giorni è stato prorogato su richiesta della Società con comunicazione prot. n. 0308646 del 16 novembre 2022. La risposta alla richiesta di informazioni è pervenuta con comunicazione acquisita al prot. n. 0344125 del 1° dicembre 2022. Il termine del procedimento è divenuto, conseguentemente, l'11 febbraio 2023. A seguito di contatti per le vie brevi da parte dell'Autorità per concordare una data per l'audizione, la Società ha comunicato la rinuncia a tale facoltà con comunicazione prot. n. 0366252 del 30 dicembre 2022. Nella riunione del Consiglio del 24 gennaio 2023, il Consiglio dell'Autorità ha richiesto ulteriori approfondimenti istruttori, come previsto dall'articolo 9, comma 8, del nuovo Regolamento quote. In data 30 gennaio 2023, prot. n. 0025096, l'Autorità ha inviato alla Società la comunicazione di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ai sensi dell'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo. La Società ha riscontrato la comunicazione nel termine di dieci giorni previsto dalla medesima disposizione, presentando osservazioni acquisite con prot. n. 0037221 del 10 febbraio 2023 e comunicando la propria disponibilità ad essere audita. In data 2 marzo 2023 si è tenuta, giusta convocazione, l'audizione della Società;
- 4) Quanto alla sussistenza di almeno una delle quattro condizioni cui è subordinata la legittimazione alla presentazione dell'istanza di deroga ai sensi del citato art. 56 comma 2, del Testo unico e dell'art. 7 del *precedente Regolamento quote*, la Società ha dichiarato di richiedere la deroga *“alla luce dei ricavi conseguiti dai Servizi in Italia, della conseguente quota di mercato estremamente limitata detenuta dai Servizi, della peculiarità dei Servizi, nonché della natura impraticabile o ingiustificata degli obblighi ai sensi degli artt. 55 e 56, comma 2 [...] La quota di mercato detenuta dai Servizi risulta particolarmente bassa e, pertanto, ben lontana dal raggiungere la soglia dell'1% stabilita dal Regolamento. Secondo i dati inclusi nel bilancio 2020 depositato nel dicembre 2021, quale ultimo bilancio ad oggi disponibile, e come chiarito nella Dichiarazione allegata (cfr. Allegati 1 e 2), i ricavi generati in Italia, per i Servizi, da parte di Google Ireland nel 2020 ammontano a:*
- *Per Google Play Movies & TV: <OMISSIS>;*
 - *Per YouTube Movies & Shows: <OMISSIS>*

Le predette somme sono pari allo 0, <OMISSIS>% dell'ultimo valore disponibile del SIC, pari ad Euro 18,1 miliardi (come indicato nell'Allegato A alla Delibera n. 131/21/CONS)”.

È, pertanto, soddisfatta almeno una delle condizioni previste dal quadro normativo per poter presentare l'istanza.

La Società asseriva, nell'istanza, che la sede principale di Google Ireland, quale fornitore dei servizi di media audiovisivi, è stabilita in Irlanda, suo paese di origine, e che i cataloghi saranno registrati come servizi di media audiovisivi a richiesta presso l'autorità nazionale irlandese, appena sarà concluso il processo di trasposizione nazionale della Direttiva SMAV, che prevede, altresì, una riorganizzazione dell'autorità medesima. Google Ireland specifica di <OMISSIS>. La società conclude sottolineando che <OMISSIS>;

- 5) La sussistenza di uno dei prerequisiti di cui all'art. 56, comma 2, del Testo unico non comporta l'automatica concessione della deroga richiesta, come anche, peraltro, pacificamente riconosciuto da costante giurisprudenza: l'istanza, una volta ritenuta ammissibile per la presenza dei prerequisiti medesimi, è poi valutata dall'Autorità sulla base degli elementi indicati dall'art. 7, comma 5, del Precedente Regolamento quote: *“Ai fini dell'accoglimento della richiesta di deroga di cui al comma 1, l'Autorità, valuta, tra gli altri, la tipologia del programma televisivo, il target di riferimento, la linea editoriale e la sua coerenza con l'effettiva programmazione, la tipologia dell'offerta in chiaro o a pagamento, l'effettiva disponibilità di prodotto compatibile con la linea editoriale del programma”*. Il nuovo Regolamento quote prevede, invece, all'articolo 9, comma 7, che *“ai fini dell'accoglimento della richiesta di deroga di cui al comma 1, l'Autorità, valuta, tra gli altri, la tipologia del programma televisivo, il target di riferimento, la linea editoriale e la sua coerenza con l'effettiva programmazione, la tipologia dell'offerta in chiaro o a pagamento, l'effettiva disponibilità di prodotto e/o le attività intraprese dal soggetto istante per acquistare, pre-acquistare, produrre o co-produrre opere audiovisive compatibili con la linea editoriale del palinsesto o del catalogo”*;
- 6) Come noto, l'art. 7, comma 2, del precedente Regolamento quote prevede che l'istante, che sia in possesso di almeno uno dei prerequisiti indicati dall'art. 56, comma 2, può sottoporre alla valutazione dell'Autorità istanza di deroga *“allegando ogni utile elemento a supporto e documentando a titolo esemplificativo: a) l'inesistenza o l'insufficiente disponibilità di prodotto e l'impossibilità di commissionarne la produzione, avuto riguardo al proprio palinsesto, ovvero catalogo, al proprio pubblico e ai propri standard editoriali; b) gli effetti sull'equilibrio economico dell'azienda, avuto riguardo, a titolo esemplificativo, ai costi medi dei diversi prodotti disponibili sul mercato, al relativo rapporto costo/audience per minuto di programma, agli eventuali effetti sul target di riferimento dei palinsesti derivanti dai vincoli oggetto della richiesta di deroga; c) le negoziazioni tentate o avviate, l'esistenza di limiti all'acquisizione dei diritti, la sussistenza di regimi di esclusiva, l'indisponibilità a negoziare da parte di terzi, soprattutto con riferimento alle opere cinematografiche di espressione originale*

italiana; d) con specifico riferimento agli obblighi di investimento, le ragioni di oggettiva impossibilità per le quali non si possa procedere in regime di acquisto, produzione e preacquisto [...]”. La formulazione dell’articolo 9, comma 2, del nuovo Regolamento si discosta di poco dalla precedente. Orbene, la Società nell’istanza ha unicamente reso generiche dichiarazioni sui prerequisiti per presentare la deroga, ovvero sulla quota di mercato, sui ricavi e sull’asserita incompatibilità del modello di business dei servizi con gli obblighi di finanziamento di opere europee e di produttori indipendenti, senza fornire utili elementi in concreto per consentire la valutazione.

Per tale motivo, nella comunicazione di avvio del procedimento l’Autorità ha incluso una contestuale richiesta di informazioni al fine di ottenere elementi per valutare l’effettivo impatto degli obblighi in materia di opere europee e di produttori indipendenti sull’attività dei cataloghi.

Si richiedeva, dunque, di fornire informazioni riguardo a:

- a. elenco completo dei titoli inseriti nel catalogo nel corso del 2019, 2020 e 2021, relativi alle opere europee e non europee, riportando le seguenti specifiche: nome del produttore; nome del distributore; anno di produzione; tipologia di investimento (acquisto, preacquisto, produzione, co-produzione); importo allocato;
 - b. totale degli introiti netti in Italia per gli anni 2019, 2020 e 2021, con indicazione delle diverse voci che concorrono al dato totale;
 - c. volume totale di spesa destinato all’acquisto dei contratti di licenza, suddiviso tra opere europee e non europee, ed incidenza sul totale dei costi sostenuti, per gli anni 2019, 2020 e 2021;
 - d. indicazione del budget allocato per le voci di cui alla lettera c) per il 2019, 2020 e 2021;
 - e. numero di abbonamenti/transazioni in Italia, per gli anni 2019, 2020 e 2021;
 - f. dati relativi al consumo dei singoli titoli, con una indicazione dei primi 20 titoli per numero di visualizzazioni totali, dei primi 20 titoli per visualizzazioni tra le opere europee, e dei primi 20 titoli per visualizzazioni tra le opere non europee; tutti i dati sono riferiti al 2019, al 2020, al 2021;
 - g. principali contratti di licenza stipulati con produttori e distributori per l’acquisto di opere europee e non europee;
- 7) La società ha riscontrato la richiesta di informazioni affermando quanto segue: *“Google desidera sottolineare che l’istanza di deroga veniva presentata sulla base della bassa quota di mercato detenuta alla luce dei requisiti di cui all’art. 55, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 208 del 2021, in virtù della delibera n. 595/18/CONS, come successivamente modificata dalla delibera n. 24/19/CONS. Stante quanto sopra, Google ritiene che l’istanza sia altresì supportata dal fatto che il proprio fatturato risulta complessivamente basso nonché dallo specifico modello di business di Google che rende particolarmente difficile e sproporzionato l’adempimento degli obblighi.*

A. Elenco completo dei titoli inseriti nel catalogo nel corso del 2019, 2020 e 2021, relativi alle opere europee e non europee. [...];

Vi preghiamo di notare che Google non risulta attualmente in possesso di tali informazioni e che per ottenerle è necessario un notevole dispendio di tempo e di risorse. Ad ogni modo, tali informazioni non sembrano necessarie al fine di verificare il fatturato complessivo in Italia e, pertanto, valutare se Google rientri nella soglia prevista per il basso fatturato. Google ha fornito dati contabili certificati e ritiene che tali informazioni aggiuntive non possano risultare utili per valutare la presente istanza avanzata ai sensi del Decreto Legislativo 208/2021.

B. Totale degli introiti netti in Italia per gli anni 2019, 2020 e 2021, con indicazione delle diverse voci che concorrono al dato totale;

I dati relativi al totale degli introiti netti generati in Italia nel 2019 sono i seguenti:

Google Play Movies & TV: <OMISSIS>

YouTube Movies e Shows: € <OMISSIS>

I dati relativi ai ricavi generati in Italia nel 2020 e nel 2021 sono inclusi nelle dichiarazioni in buona fede allegate.

C. Volume totale di spesa destinato all'acquisto dei contratti di licenza, suddiviso tra opere europee e non europee, ed incidenza sul totale dei costi sostenuti, per gli anni 2019, 2020 e 2021;

Queste informazioni non risultano attualmente disponibili e non forniscono elementi rilevanti ai fini dell'istanza di deroga alla luce dei limitati ricavi. Tuttavia, per maggiore chiarezza, si precisa che i dati forniti in relazione ai ricavi non includono spese deducibili o altre spese simili (i costi delle licenze non incidono sui ricavi che sono stati indicati al lordo di tutti i costi di licenza e produzione).

D. Indicazione del budget allocato per le voci di cui alla lettera c) per il 2019, 2020 e 2021;

<OMISSIS>.

E. Numero di abbonamenti/transazioni in Italia, per gli anni 2019, 2020 e 2021;

F. Dati relativi al consumo dei singoli titoli, con una indicazione dei primi 20 titoli per numero di visualizzazioni totali, dei primi 20 titoli per visualizzazioni tra le opere europee, e dei primi 20 titoli per visualizzazioni tra le opere non europee;

Per le richieste di cui ai punti E. e F. si veda la risposta al punto A sopra. Non siamo attualmente in possesso di tali informazioni e non riteniamo che le predette risultino necessarie per valutare se i Servizi rientrano nella soglia di fatturato globale.

G. Principali contratti di licenza stipulati con produttori e distributori per l'acquisto di opere europee e non europee.

Si veda la risposta al punto A. di cui sopra. Non siamo attualmente in possesso di tali informazioni e non riteniamo che le predette risultino necessarie per valutare se i Servizi rientrano nella soglia di fatturato globale.

Inoltre, tali contratti includono altresì informazioni riservate che Google non è legittimato a divulgare senza incorrere nella violazione dei propri obblighi, salvo che non sia espressamente richiesto dalla legge”.

Infine, nella comunicazione di rinuncia all’audizione, la Società rappresentava che *“Google Ireland Limited ha già chiarito con le informazioni in proprio possesso la natura e la rilevanza economica dei servizi offerti e, pertanto, al momento non dispone di ulteriori elementi utili ai fini della valutazione della istanza di deroga. In considerazione delle informazioni riscontrate e, in particolare, dei dati finanziari che confermano la sua limitata soglia di mercato, Google Ireland Limited è fiduciosa che codesta Autorità abbia già gli elementi necessari per poter accogliere l’istanza di deroga presentata.”*

- 8) Con comunicazione del 30 gennaio 2023, l’Autorità ha comunicato a Google i motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza ai sensi dell’art. 10-bis della l. n. 241/90, esponendo quanto segue: in primo luogo, si rappresentava, infatti, che la sussistenza di uno dei prerequisiti di cui all’art. 56, comma 2, del Testo unico non comporta l’automatica concessione della deroga richiesta, che è invece valutata dall’Autorità sulla base degli elementi indicati dall’art. 7, comma 5, del precedente Regolamento quote di cui alla delibera n. 595/18/CONS, come modificato dalla delibera n. 24/19/CONS: *“Ai fini dell’accoglimento della richiesta di deroga di cui al comma 1, l’Autorità, valuta, tra gli altri, la tipologia del programma televisivo, il target di riferimento, la linea editoriale e la sua coerenza con l’effettiva programmazione, la tipologia dell’offerta in chiaro o a pagamento, l’effettiva disponibilità di prodotto compatibile con la linea editoriale del programma”* e confermata dal nuovo Regolamento quote di cui alla delibera n. 424/22/CONS, che prevede inoltre, all’articolo 9, comma 7, *“l’effettiva disponibilità di prodotto e/o le attività intraprese dal soggetto istante per acquistare, pre-acquistare, produrre o co-produrre opere audiovisive compatibili con la linea editoriale del palinsesto o del catalogo”.*

Il quadro regolamentare prevede che l’istante, che sia in possesso di almeno uno dei prerequisiti indicati dall’art. 56, comma 2, può sottoporre alla valutazione dell’Autorità istanza di deroga *“allegando ogni utile elemento a supporto e documentando a titolo esemplificativo: a) l’inesistenza o l’insufficiente disponibilità di prodotto e l’impossibilità di commissionarne la produzione, avuto riguardo al proprio palinsesto, ovvero catalogo, al proprio pubblico e ai propri standard editoriali; b) gli effetti sull’equilibrio economico dell’azienda, avuto riguardo, a titolo esemplificativo, ai costi medi dei diversi prodotti disponibili sul mercato, al relativo rapporto costo/audience per minuto di programma, agli eventuali effetti sul target di riferimento dei palinsesti derivanti dai vincoli oggetto della richiesta di deroga; c) le negoziazioni tentate o avviate, l’esistenza di limiti all’acquisizione dei diritti, la sussistenza di regimi di esclusiva, l’indisponibilità a negoziare da parte di terzi, soprattutto con riferimento alle opere cinematografiche di espressione originale italiana; d) con specifico riferimento agli obblighi di investimento, le ragioni di oggettiva impossibilità per le quali non si possa procedere in regime di acquisto, produzione e preacquisto [...]”* La formulazione dell’articolo 9, comma 2, del nuovo

Regolamento si discosta di poco dalla precedente. Invece, la Società nell'istanza ha unicamente reso dichiarazioni sui prerequisiti per presentare la deroga, ovvero sulla quota di mercato, sui ricavi e sull'asserita incompatibilità del modello di business dei servizi con gli obblighi di finanziamento di opere europee e di produttori indipendenti, senza fornire utili elementi in concreto per consentire la valutazione. Tali elementi non sono neppure stati forniti in riscontro alla richiesta di informazioni inviata dall'Autorità contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, in cui codesta Società ha ribadito in più occasioni di ritenere che le informazioni richieste *“non forniscono elementi rilevanti ai fini dell'istanza di deroga alla luce dei limitati ricavi”* o che *“tali informazioni non sembrano necessarie al fine di verificare il fatturato complessivo in Italia e, pertanto, valutare se Google rientri nella soglia prevista per il basso fatturato. Google ha fornito dati contabili certificati e ritiene che tali informazioni aggiuntive non possano risultare utili per valutare la presente istanza avanzata ai sensi del Decreto Legislativo 208/2021”*.

L'Autorità rilevava che, dunque, la Società non ha fornito all'Autorità gli elementi previsti per consentire la valutazione della deroga, riportandosi unicamente alla presenza del prerequisito di cui all'art. 56, comma 2, che è solo *condicio sine qua non* per presentare l'istanza di deroga, la cui concessione però dipende dalla valutazione degli elementi sopra riportati. L'Autorità comunicava alla società che questa non ha prodotto tali elementi a supporto della propria istanza, quando il plesso normativo e regolamentare prevede debba essere cura dell'istante allegare alla richiesta di deroga, né ha inteso fornire alcun elemento utile nella risposta alla richiesta di informazioni, riportandosi, di nuovo, unicamente alla quota di mercato o agli scarsi ricavi, senza fornire le informazioni richieste dall'articolo 7, comma 2, ora articolo 9, comma 2,

Inoltre, non si considerava condivisibile quanto asserito dalla Società relativamente al *business model*, in quanto affermare che il modello di *business* adottato sia di per sé incompatibile con gli obblighi in materia di opere europee, avendo la società asserito di non avere controllo su numerosi aspetti della messa a disposizione delle opere, e che pertanto questi sarebbero automaticamente da derogare, non è sostenibile, né può trovare applicazione per tale motivo l'art. 56, comma 2, *lett. d)* del Testo unico, che prevede la possibilità di concessione della deroga laddove gli obblighi siano impraticabili o ingiustificati. Infatti, affermare l'incompatibilità della strategia industriale ed economica con gli obblighi in materia di opere europee significherebbe frustrare automaticamente proprio l'obiettivo perseguito dalla disciplina in esame, e cioè quella di incentivare la produzione e la diffusione di tali opere, e costituisce, pertanto, un elemento irrilevante da considerare ai fini della deroga, atteso che la finalità dell'obbligo è proprio quella di incentivare la produzione di opere europee anche su servizi di media audiovisivi dove ciò non avveniva. Inoltre, la società nulla ha dimostrato relativamente a quanto previsto dal Regolamento quote, *“con specifico riferimento agli obblighi di investimento”*, per cui il soggetto istante deve indicare *“le ragioni di oggettiva impossibilità per le quali non si possa procedere in regime di acquisto, produzione e preacquisto”*. Anche qui, la Società non ha adeguatamente motivato relativamente alla possibilità o meno di far ricorso ad acquisto, produzione,

preacquisto né alla possibilità di fare ricorso all'autoproduzione di opere europee, limitandosi a ribadire che **<OMISSIS>**

L'Autorità dichiarava di ritenere che la Società non ha fornito *“le ragioni di oggettiva impossibilità per le quali non si possa procedere in regime di acquisto, produzione e preacquisto”*, limitandosi ad asserire di non farlo. Poiché la società non ha fornito tali elementi specifici e concreti, tale da giustificare la deroga richiesta, è impedita, di fatto, ogni valutazione nel merito. L'Autorità concludeva, dunque, affermando di ritenere che tali motivi ostassero all'accoglimento dell'istanza.

- 9) Come già riportato, la Società dava riscontro alla comunicazione ai sensi dell'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo nei termini previsti dalla legge, rappresentando quanto segue: in primo luogo, la società sottolineava che *“A scanso di equivoci, la Richiesta e l'intera vicenda in esame devono essere valutate sulla base dell'unica Delibera applicabile al momento della presentazione della Richiesta, ossia la Delibera 595/18/CONS come successivamente modificata dalla Delibera 24/19/CONS, mentre la successiva Delibera 424/22/CONS, entrata in vigore dopo la sua pubblicazione il 30 dicembre 2022 e che ha stabilito nuove procedure e criteri, non può avere effetti retroattivi e non può dunque applicarsi al caso di specie”*.

Google sostiene che la *“Legge AVMS italiana dovrebbe essere letta alla luce della Direttiva AVMS di cui costituisce recepimento e alle relative linee guida della Commissione, dirette a garantire un approccio uniforme in tutti gli Stati membri. In questo contesto, l'interpretazione della Legge AVMS italiana fornita da AGCom, secondo la quale il fatturato e il pubblico di modesta entità dei Servizi costituirebbero un mero "prerequisito" ai fini della presentazione della Richiesta, non può essere condivisa, apparendo essa in contraddizione con la Direttiva AVMS alla luce della quale la legge italiana e le delibere dell'Autorità devono essere interpretate”*. Infatti, secondo la Società, l'articolo 13, paragrafo 6, della Direttiva AVMS, previsione in base alla quale gli Stati membri possono imporre obblighi ai prestatori stabiliti in un altro Stato membro dell'Unione Europea, prevede che il pubblico e/o il fatturato di modesta entità del servizio siano una condizione sufficiente (non per presentare una richiesta di deroga o di esenzione, bensì) per esentare automaticamente, senza bisogno di richiedere istanze né di deroga né di esenzione. Sostiene, infatti, la Società che *“il principio del primato del diritto dell'Unione Europea impedisce agli Stati membri di emanare leggi e regolamenti nazionali che differiscano da detta norma dell'Unione Europea, il che include il divieto di introdurre requisiti o obblighi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla disposizione di massima armonizzazione dell'Unione Europea. Questo sembra essere lo scenario in cui si inserisce l'assunto di Codesta Autorità, secondo cui il fatturato o il pubblico di modesta entità sarebbero requisiti insufficienti per accedere alla deroga prevista dalla disposizione normativa di recepimento dell'articolo 13, paragrafo 6, della Direttiva AVMS. E lo stesso varrebbe per qualsiasi altra legge, regolamento o interpretazione che condizionasse tale accesso a requisiti aggiuntivi rispetto a quelli del fatturato o del pubblico di modesta entità previsti, in via esclusiva, dall'articolo 13, paragrafo 6, della Direttiva AVMS. (...) Considerando che gli Orientamenti della Commissione Europea per l'applicazione della deroga ai*

sensi dell'articolo 13, paragrafo 6, della Direttiva AVMS, riconoscono come "giustificato e proporzionato [...] esentare le imprese che detengono una quota inferiore all'1% delle entrate nei mercati audiovisivi nazionali interessati l'unica decisione possibile che Codesta Autorità sembra poter assumere, in ottemperanza al diritto dell'Unione Europea, è la concessione a Google della totale deroga dagli obblighi di investimento previsti dalla normativa vigente, sulla base della quota del suo fatturato pari al 0, <OMISSIS> %."

La Società passa poi a sottolineare l'asserita incompatibilità del modello di business dei Servizi con il rispetto dell'obbligo di investimento. *"Invero, per Google l'unico modo di soddisfare tale richiesta sarebbe modificare sostanzialmente la natura dei Servizi, ad esempio <OMISSIS>".* Infine, con riferimento alla carenza di elementi da valutare che giustifichino la concessione della deroga, Google rappresenta che *"L'articolo 7, comma 2, della Delibera 595/18/CONS, come successivamente modificata dalla Delibera 24/19/CONS, in vigore al momento della presentazione della Richiesta, menziona i criteri indicati nella Comunicazione come esemplificativi e non obbligatori. Pertanto, le informazioni da fornire nella richiesta di deroga devono essere individuate sulla base dello specifico modello di business e delle circostanze in cui viene richiesta la deroga. Ad esempio, mentre ha senso documentare "l'inesistenza o l'insufficiente disponibilità del prodotto e l'impossibilità di commissionarne la produzione, tenuto conto del proprio palinsesto o catalogo, del proprio pubblico e dei propri standard editoriali" quando la richiesta si basa sul catalogo tematico del fornitore, la stessa prova non è ragionevole quando la richiesta si basa sulla bassa quota di mercato".*

- 10) Non si ritiene condivisibile la ricostruzione del quadro normativo fornita dalla Società. Infatti, da un lato, questa dichiara di ritenere che l'articolo 13, paragrafo 6, della Direttiva SMAV comporti un'automatica esenzione dei servizi aventi "un fatturato ridotto" senza necessità di un'ulteriore regolamentazione da parte dell'Autorità e senza alcun provvedimento espresso, che comunque sarebbe necessario per la verifica della effettiva sussistenza del fatturato ridotto e per il principio della certezza del diritto, dall'altro lato insiste sull'applicazione al procedimento in corso del precedente regolamento quote, che, adottato nel 2018 e modificato nel 2019, non contemplava l'istituto dell'esenzione, introdotto proprio dall'articolo 13, comma 6, della Direttiva SMAV nel 2018, recepito in Italia dall'articolo 56 del Testo unico nel 2021 e regolamentato dall'articolo 9 del Regolamento quote del 2022.

Con riferimento al quadro normativo applicabile, come più volte menzionato, in data 30 dicembre 2022 è stata pubblica sul sito web dell'Autorità la delibera n. 424/22/CONS, recante il nuovo Regolamento quote, che ha abrogato espressamente il precedente. Non è infatti condivisibile l'affermazione della società istante per cui *"A scanso di equivoci, la Richiesta e l'intera vicenda in esame devono essere valutate sulla base dell'unica Delibera applicabile al momento della presentazione della Richiesta, ossia la Delibera 595/18/CONS come successivamente modificata dalla Delibera 24/19/CONS, mentre la successiva Delibera 424/22/CONS, entrata in*

vigore dopo la sua pubblicazione il 30 dicembre 2022 e che ha stabilito nuove procedure e criteri, non può avere effetti retroattivi e non può dunque applicarsi al caso di specie”.

Con riferimento alla rilevanza dello *ius superveniens* nelle more di un procedimento amministrativo, l’articolo 70, comma 3, del Testo unico, rubricato “Abrogazioni” dispone chiaramente che *“Le disposizioni contenute in regolamenti dell’Autorità vigenti alla data di entrata in vigore del presente testo unico continuano ad applicarsi fino alla emanazione dei nuovi regolamenti da parte della stessa Autorità”*. Appare utile rammentare che, nei procedimenti amministrativi, la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* comporta che la pubblica amministrazione deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, *“non potendo considerare l’assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell’atto che vi ha dato avvio (così Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2020, n. 5260). Pertanto, un provvedimento adottato al termine di un procedimento avviato ad istanza di parte deve essere valutata con riferimento alla disciplina vigente al tempo in cui è stato adottato il provvedimento finale e non al tempo della presentazione della domanda da parte del privato, dovendo ogni atto del procedimento amministrativo essere regolato dalla legge del tempo in cui è emanato, in dipendenza della circostanza che lo *ius superveniens* reca sempre una diversa valutazione degli interessi pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. II, 8 marzo 2021 n. 1908; id., sez. V, 14 agosto 2020, n. 5038; id., sez. III, 29 aprile 2019, n. 2768)”* (così TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 6 settembre 2021 n. 1969).

È infatti assolutamente pacifico per la giurisprudenza amministrativa che, in virtù del principio generale *tempus regit actum*, le norme di diritto pubblico trovano immediata applicazione nei confronti dei procedimenti ancora *in itinere* alla data della loro entrata in vigore, come nel presente caso, in quanto gli atti ed i provvedimenti della pubblica amministrazione, essendo espressione attuale dell’esercizio di poteri rivolti al soddisfacimento di pubblici interessi, devono uniformarsi alle norme giuridiche vigenti nel momento in cui son posti in essere, per quanto attiene sia ai requisiti di forma e procedimento, sia al contenuto sostanziale delle statuizioni, stante l’immediata operatività delle norme di diritto pubblico (cfr. *ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 8 agosto 2016 n. 3536; in tema: id., sez. IV, 14 gennaio 2016 n. 83; T.A.R. Lazio, Roma, 29 luglio 2021, n. 9064; id., 23 luglio 2021 n. 8913; id., Latina, 12 luglio 2021 n. 458; T.A.R. Lazio, Roma, 19 marzo 2020 n. 3451; Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2017 n. 545; id., sez. IV, 21 agosto 2012, n. 4583).

- 11) Inoltre, è appena il caso di precisare che il Testo unico e le relative previsioni negli articoli da 52 a 58, relative agli obblighi in materia di opere europee e le relative quote di investimento cui la società chiede la deroga, sono entrati in vigore già nel dicembre del 2021 e il regolamento quote del 2022 ne costituisce la regolamentazione per taluni aspetti, delegati dal legislatore (quali ad esempio l’istituto dell’esenzione) ma non ha impatto sulla validità delle previsioni autonomamente applicative. Come precisato nella delibera di adozione del nuovo regolamento, 424/22/CONS, *“l’Autorità, a seguito della novella legislativa introdotta dal Testo unico, ha ritenuto, in un’ottica*

di razionalizzazione dell'intero corpus normativo in materia di c.d. quote europee, di fondere nel testo di un unico Regolamento, da sottoporre a consultazione pubblica, sia le norme prescrittive del Testo unico che non necessitano di ulteriore disciplina di dettaglio, sia quelle propriamente espressione dell'esercizio discrezionale del potere regolamentare, nonché le previsioni regolamentari già preesistenti e che non necessitano di modifica ai sensi del nuovo quadro normativo. Questo al fine di raccogliere in un unico testo, di più organica lettura, la complessiva disciplina di settore, altrimenti più frammentaria". Essendosi così sgombrato il campo da equivoci sul quadro regolamentare applicabile al caso di specie, rappresentato quindi dal Regolamento quote del 2022, si ricorda, come già più volte menzionato, che il nuovo Regolamento affianca, all'istituto delle deroghe (articolo 9) anche quello dell'esenzione (articolo 8); la società ha ribadito in sede di audizione e di riscontro della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di riconoscere unicamente il precedente regolamento e di non considerare applicabile al procedimento in corso quello del 2022: ne deriva che, anche laddove l'istituto dell'esenzione fosse applicabile alla fattispecie in questione, l'Autorità non potrebbe neppure riqualificare l'istanza di parte in tal senso, essendo stata chiaramente espressa la volontà della società di presentare istanza di deroga, ai sensi del precedente regolamento, e non di esenzione, ai sensi del nuovo Regolamento.

Con riferimento alla portata dell'articolo 13, comma 6, della Direttiva SMAV, non si può condividere l'orientamento di Google per cui la norma comporterebbe *ipso facto* l'esenzione automatica dagli obblighi in materia di opere europee in assenza di qualsivoglia intervento normativo o regolamentare. In primo luogo, tale assunto è inconferente, in quanto, semmai, relativo al diverso istituto dell'esenzione, che, come riportato in premessa, menzionato più volte *supra* e anche sottolineato alla Società in sede di audizione, costituisce una diversa fattispecie, con differenti criteri applicativi e che richiede una differente verifica da parte dell'Autorità, che in tal caso non valuta discrezionalmente la fattispecie, ma si limita a verificare la rispondenza ai criteri previsti dall'articolo 8 del Regolamento quote 2022, ovvero il fatturato inferiore a 5 milioni di Euro.

Il presente procedimento è stato, invero, incardinato a seguito di presentazione da parte della Società di un'istanza di deroga e non di esenzione, in quanto questa ha più volte espresso di ritenere che si debba applicare il precedente Regolamento quote (in cui l'istituto dell'esenzione non era nemmeno previsto). Peraltro, anche laddove vi fosse un'astratta rispondenza ai criteri legislativamente previsti per il provvedimento di esenzione, quest'ultimo potrebbe essere concesso dall'Autorità solo all'esito della presentazione di apposita istanza di esenzione (che non può, quindi, coincidere con quella di deroga) e solo dopo aver verificato l'effettiva sussistenza in concreto dei criteri previsti dal quadro normativo, trattandosi di procedimento ad istanza di parte, come sopra appena ricordato. Sulla necessità del provvedimento espresso, a tutela della certezza del diritto, si è già fatta menzione *supra*.

Inoltre, gli Orientamenti della Commissione cui Google fa riferimento costituiscono uno strumento di linee guida per gli Stati membri (infatti nella versione in inglese vengono chiamati "guidelines"), peraltro non vincolante, come riportato nella

premessa degli Orientamenti medesimi. Per ciò solo, va a negare l'assunto della parte istante che prevede un'automatica applicazione senza alcuna ulteriore necessità di recepimento legislativo o regolamentazione. A tale documento, tuttavia, l'Autorità ha fatto riferimento nell'elaborazione del nuovo Regolamento Quote, in quanto l'articolo 55, comma 5, del Testo unico prevede che *“la prescrizione relativa ai fornitori di servizi di media che si rivolgono ai consumatori in Italia di cui ai commi 1, 2 e 3 non si applica ai fornitori di servizi di media aventi un fatturato o un pubblico di modesta entità secondo criteri di soglia contenuti in regolamento dell'Autorità (..)”*. Ebbene gli stessi Orientamenti della Commissione sono chiari nel prevedere che *“È importante notare che lo Stato membro che applica gli obblighi di contribuzione finanziaria ai fornitori stabiliti in altri Stati membri deve rispettare il principio della non discriminazione. Pertanto, se in essi sono in vigore o sono introdotte deroghe a livello nazionale applicabili ai fornitori stabiliti sul loro territorio, tali deroghe devono essere applicate in modo non discriminatorio anche ai fornitori transfrontalieri, anche se le soglie sono più alte di quelle indicate nei presenti orientamenti”*. Tale affermazione da un lato riconosce la legittimità di interventi nazionali che si discostino dalle soglie menzionate nel documento di Orientamenti e quindi, dall'altro, sconfessa l'automatica applicazione auspicata dalla parte istante.

La società sostiene poi che *“L'articolo 7, comma 2, della Delibera 595/18/CONS, come successivamente modificata dalla Delibera 24/19/CONS, in vigore al momento della presentazione della Richiesta, menziona i criteri indicati nella Comunicazione come esemplificativi e non obbligatori. Pertanto, le informazioni da fornire nella richiesta di deroga devono essere individuate sulla base dello specifico modello di business e delle circostanze in cui viene richiesta la deroga. Ad esempio, mentre ha senso documentare “l'inesistenza o l'insufficiente disponibilità del prodotto e l'impossibilità di commissionarne la produzione, tenuto conto del proprio palinsesto o catalogo, del proprio pubblico e dei propri standard editoriali” quando la richiesta si basa sul catalogo tematico del fornitore, la stessa prova non è ragionevole quando la richiesta si basa sulla bassa quota di mercato.”*. Tuttavia, come evidenziato in precedenza, non sussiste automaticità tra presenza del prerequisite e concessione della deroga, ma il prerequisite è un filtro necessario per poter presentare l'istanza e consentire all'Autorità di valutare l'impatto effettivo che, in una situazione di difficile congiuntura economica ovvero di tematicità del palinsesto o catalogo, potrebbe avere il rispetto degli obblighi sull'equilibrio economico del servizio. Non è dunque corretto correlare le informazioni da fornire all'Autorità con il prerequisite sulla cui base si presenta la deroga, quindi fornire unicamente informazioni relative alla quota di mercato.

Inoltre, affermare che il modello di business adottato sia di per sé incompatibile con gli obblighi in materia di opere europee, asserendo la società di non avere controllo su numerosi aspetti della messa a disposizione delle opere, e che pertanto questi sarebbero automaticamente da derogare, non è condivisibile. La società in questione opera quale fornitore di servizi di media audiovisivi a richiesta, cui è riconducibile la responsabilità editoriale del contenuto, indipendentemente dalla modalità di approvvigionamento dello stesso. Né può trovare applicazione per tale motivo l'art.

56, comma 2, lett. d) del Testo unico, che prevede la possibilità di concessione della deroga laddove gli obblighi siano impraticabili o ingiustificati, in quanto affermare l'incompatibilità della strategia industriale ed economica con gli obblighi in materia opere europee significherebbe frustrare automaticamente proprio l'obiettivo perseguito dalla Direttiva SMAV *in primis* e dalla relativa disciplina in esame, e cioè quella di incentivare la produzione e la diffusione di tali opere. La circostanza, poi, che i predetti cataloghi si basino principalmente su accordi con partner è evidentemente un elemento irrilevante da considerare ai fini della deroga, atteso che la finalità dell'obbligo statuito dalla Direttiva SMAV è proprio quella di incentivare la produzione di opere europee anche su servizi di media audiovisivi dove ciò non avveniva. Infine, indipendentemente dalle strategie industriali scelte, si evidenzia che nella prassi l'Autorità ha verificato numerosi casi di fornitori di servizi di media che acquistano intere *libraries* da rendere disponibili sui propri servizi di media audiovisivi, ma ciò non osta ad effettuare una verifica da parte del fornitore sulla qualifica delle opere europee come tali. Disincentivare tali obblighi sulla base dell'assunto della difficoltà di un fornitore di servizi di conoscere le opere che effettivamente mette a disposizione nel proprio catalogo, oltre a costituire la violazione di un obbligo di legge, comprometterebbe in modo significativo la finalità ultima della normativa europea, ovvero la promozione della diversità culturale;

RITENUTO pertanto, alla luce delle considerazioni svolte e delle motivazioni sopra riportate, che non ricorrono i presupposti per accordare la deroga richiesta;

UDITA la relazione del Commissario Antonello Giacomelli, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Art. 1

1. La richiesta di deroga totale dagli obblighi di investimento in opere europee e di produttori indipendenti, di cui agli articoli 55 e 56 del Testo unico dei servizi di media audiovisivi, presentata dalla società Google Ireland Limited per i cataloghi "Google Play Movies & Tv" e "YouTube Movies & Shows", è rigettata.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alla Società Google Ireland Limited e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità www.agcom.it.

Roma, 30 marzo 2023

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonello Giacomelli

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Giulietta Gamba