

Publicato il 11/03/2024

N. 00894/2024 REG.PROV.CAU.
N. 01135/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1135 del 2024, proposto da

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Meta Platforms Ireland Limited, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Angeloni, Emanuela Cocco, Marco Berliri e Alberto Bellan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Berliri in Roma, via Marche, n. 1-3;

e con l'intervento di

Federazione Italiana Editori Giornali - FIEG, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Anecchino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta) n. 18790/2023, resa tra le parti.

Visto l'art. 62 cod. proc. amm.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di *Meta Platforms Ireland Limited* e della Federazione Italiana Editori Giornali - FIEG;

Vista l'impugnata pronuncia del Tribunale amministrativo regionale di accoglimento della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2024, il Cons. Giovanni Pascuzzi e, uditi per le parti, l'avvocato dello Stato Federica Varrone e gli avvocati Emanuela Cocco, Marco Berliri, Alberto Bellan e Marco Anecchino;

FATTO

1. Con ricorso R.G. n. 7093 del 2023 *Meta Platforms Ireland Limited* ha chiesto al Tar per il Lazio:

«la declaratoria di nullità e/o l'annullamento, anche previa disapplicazione dell'art. 1, comma 1, lett. c) del decreto legislativo n. 177/2021, che ha introdotto l'art. 43-bis della legge n. 633/1941 (legge sul diritto d'autore) e dello stesso art. 43-bis l.a. e, in subordine, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("CGUE") ex art. 267 TFUE o, in ulteriore subordine, previa rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, e previa concessione di misure cautelari:

- della delibera dell'AGCOM n. 3/23/CONS del 19 gennaio 2023, avente ad oggetto "Regolamento in materia di individuazione dei criteri di riferimento per la determinazione dell'equo compenso per l'utilizzo online di pubblicazioni di carattere giornalistico di cui all'articolo 43-bis della legge 22 aprile 1941 n. 633", pubblicata sul sito internet dell'AGCOM (www.agcom.it) il 25 gennaio 2023, e degli allegati alla medesima delibera:

- (a) Allegato A "Regolamento in materia di individuazione dei criteri di riferimento per la determinazione dell'equo compenso per l'utilizzo online di pubblicazioni di carattere

giornalistico di cui all'articolo 43-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633»;

- (b) *Allegato B “Relazione di analisi di impatto della regolamentazione”*;

- (c) *Modulistica “Modello istanza ai fini della determinazione dell'equo compenso per l'utilizzo online di pubblicazioni di carattere giornalistico”*».

2. Con detta delibera n.3/23/CONS del 19 gennaio 2023, l'AGCOM ha esercitato il potere regolamentare di cui all'art. 43-bis, comma 8, secondo periodo, della legge n. 633/1941 (legge sul diritto d'autore) disciplinando i criteri e le modalità con cui “editori” da un lato e “prestatori di servizi della società dell'informazione” (compresi *social network*) e “imprese di *media monitoring* e rassegne stampa” dall'altro hanno la facoltà di determinare l'equo compenso dovuto da questi ultimi ai primi, per lo sfruttamento delle pubblicazioni di carattere giornalistico.

Con l'introduzione dell'art. 43-bis nella legge sul diritto d'autore è stata data attuazione all'articolo 15 (rubricato «*Protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online*») della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

3. Con riferimento ai presupposti di fatto, la ricorrente *Meta Platforms* (dopo aver premesso di essere una società di diritto irlandese con sede a Dublino, Irlanda, senza filiali in Italia), esponeva che:

- *Meta Platforms* fornisce agli utenti europei, inclusi quelli italiani, una serie di servizi online tra i quali il servizio *Facebook*;

- su *Facebook* gli utenti creano e condividono in modo autonomo testi, immagini e brevi video: ciò qualifica *Meta Platforms* come un *hosting provider* ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 70/03, che ha recepito in Italia l'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE, poi riflesso nell'art. 6 del regolamento (UE) 2022/2065 (c.d. *Digital Services Act*);

- sebbene lo scopo principale di *Facebook* sia quello di consentire agli utenti di connettersi con familiari ed amici, è possibile che vi accedano o lo utilizzino

anche utenti professionali per scopi commerciali;

- questi utenti possono utilizzare *Facebook* per vendere o promuovere i propri beni o servizi, usare gli strumenti di misurazione e tracciamento dei dati forniti da *Facebook* o gestire un gruppo o un profilo aziendale su *Facebook* (“Pagina”) per conto della propria organizzazione;

- questi utenti caricano i propri contenuti, generalmente per promuovere i loro prodotti o servizi e ampliare il loro pubblico;

- questo è il caso di molti editori di stampa che condividono estratti o *link* ai propri contenuti sulla loro Pagina *Facebook*;

- questi estratti sono accompagnati da un collegamento ipertestuale che indirizza gli utenti al sito web dell’editore. I singoli utenti di Facebook possono quindi accedere alle pubblicazioni complete sul detto sito;

- gli utenti possono anche mettere “mi piace” o seguire la Pagina per ricevere aggiornamenti, commentare il post dell’editore o condividerlo sul proprio profilo *Facebook*, generando così ulteriore traffico verso il sito web dell’editore;

- in questo contesto, gli editori utilizzano le loro Pagine *Facebook*, da un lato, come catalizzatore di traffico verso i loro siti web e, dall’altro, come mezzo per pubblicizzare la loro attività online, aumentando così i ricavi pubblicitari sul loro sito web e acquisendo nuovi abbonati;

- la stragrande maggioranza dei contenuti giornalistici su *Facebook* è pubblicata volontariamente dagli stessi editori;

- soltanto una piccola parte è pubblicata da utenti terzi, che condividono con i propri amici i *link* ai siti web degli editori;

- *Meta Platforms* non raccoglie, estrae, gestisce, organizza o condivide attivamente né i collegamenti ipertestuali né i contenuti delle pubblicazioni giornalistiche su Facebook.

4. Il ricorso proposto da *Meta Platforms* si basava, tra l’altro, sull’incompatibilità degli atti impugnati con il diritto dell’Unione Europea e con i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione italiana. A dire di *Meta Platforms*, infatti, il Regolamento allegato alla delibera AGCOM impugnata si discosta in modo

significativo dall'articolo 15 della direttiva 2019/790 e introduce una procedura che consente ad AGCOM di determinare arbitrariamente l'importo dell'equo compenso dovuto dai fornitori di servizi della società dell'informazione (ISSP) agli editori; prevede obblighi onerosi e unilaterali (cioè, solo in capo agli ISSP) non previsti a livello UE; e, più in generale, viola i diritti fondamentali di *Meta Platforms*, tra i quali la libertà negoziale e la libertà d'impresa, ponendosi altresì in contrasto con il principio del Paese d'Origine e la Direttiva (UE) 2015/1535 (direttiva servizi tecnici).

4.1 In particolare *Meta Platforms* così sintetizzava i motivi di ricorso di primo grado avverso la delibera AGCOM:

I Motivo. Contrarietà alla normativa europea e alla Costituzione italiana sotto diversi aspetti, tra cui, in particolare, la violazione dell'art. 15 della direttiva 2019/790, la violazione della legge delega, del divieto di *gold-plating* e della libertà di commercio e di industria.

II Motivo. Violazione del principio del "Paese di Origine" e della libera circolazione dei servizi.

III Motivo. Omessa notifica alla Commissione Europea della delibera e dell'art. 2 del d. lgs. 177/21, che ha introdotto l'art. 43-*bis* della legge sul diritto d'autore.

4.2 *Meta Platforms* formulava istanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 TFUE ed istanza di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale.

La ricorrente proponeva istanza di misure cautelari, chiedendo di sospendere l'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

5. Nel giudizio di primo grado si costituivano l'Autorità intimata e, nella qualità di parte interventrice *ad opponendum*, la Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG).

6. Con sentenza n. 18790/2023 il Tar per il Lazio:

a. ha respinto il secondo e il terzo motivo di ricorso proposto da *Meta Platforms*;

- b. ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea alcune questioni pregiudiziali;
- c. ha sospeso, nelle more del giudizio rimesso alla Corte UE, l'esecuzione degli atti avversati con il gravame.

7. In particolare, per quel che attiene il punto appena richiamato sub c, il Tar così si è espresso:

«22. Da ultimo, non può omettere il Collegio di pronunziarsi sull'istanza cautelare, dalla parte ricorrente incidentalmente proposta con l'atto introduttivo del giudizio. Tal domanda, che ha formato oggetto, ad opera della parte ricorrente, di richiesta di abbinamento al merito in occasione della Camera di Consiglio del 24 maggio 2023, è stata ribadita, da parte di Meta Platforms, all'odierna pubblica udienza. A fronte dell'emersione di ravvisate esigenze cautelari, ricongiunte alla immediata esecutività delle disposizioni avversate, dispone il Collegio la sospensione dell'efficacia degli atti gravati, nelle more della definizione della questione pregiudiziale come sopra rivolta all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e fino alla nuova fissazione di udienza pubblica di trattazione della controversia, all'esito del giudizio presso il Giudice unionale».

8. Avverso la sentenza del Tar il Lazio n. 18790/2023 AGCOM ha proposto appello rassegnando le seguenti conclusioni: *«Piaccia all'Ecc.mo Consiglio di Stato adito, disattesa ogni contraria istanza, deduzione o eccezione; 1) annullare la sentenza n. 18790/2023 (n. 7093/23 di R.G.) del TAR per il Lazio, Roma, pubblicata il 12.12.2023 nella parte in cui è stata disposta la sospensione, nelle more del giudizio rimesso alla Corte di Giustizia, dell'esecuzione degli atti avversati e, per l'effetto, rigettare l'istanza cautelare proposta da Meta Platforms; 2) con vittoria di spese, competenze e onorari di entrambi i gradi».*

8.1 L'impugnativa AGCOM fa leva sulla carenza di motivazione della decisione cautelare in ordine alla sussistenza e i relativi presupposti.

In particolare AGCOM sostiene che:

- il Tar si è limitato a ravvisare, in maniera del tutto generica, *«esigenze cautelari, ricongiunte alla immediata esecutività delle disposizioni avversate»*, senza tuttavia evidenziare quale sarebbe il danno grave e irreparabile che deriverebbe

dall'efficacia del Regolamento nelle more della decisione delle questioni pregiudiziali e, in ogni caso, senza dare conto del tipo di bilanciamento effettuato fra gli opposti interessi che vengono in gioco;

- il mero “pregiudizio economico” non può, di regola, fondare la concessione di una misura cautelare, tanto più rispetto a operatori economici di notevoli dimensioni, quale indubbiamente è *Meta Platforms Ireland Limited*;

- l'insussistenza del *periculum in mora* nel caso di specie, trattandosi di un ipotetico danno di natura meramente patrimoniale, in quanto tale sicuramente non irreparabile, è dimostrata dalla successiva decisione cautelare adottata dal medesimo Tar per il Lazio in analoga questione, a distanza da pochi giorni da quella qui impugnata, con l'ordinanza n. 1005/2024;

- il Tar non ha considerato il pregiudizio che la sospensione degli atti impugnati in primo grado arrecherà a tutti i soggetti che l'art. 15 della direttiva (UE) 2019/790 intende tutelare e che, in assenza del predetto Regolamento, risulterebbero privati dello strumento apprestato nel nostro ordinamento per rendere effettiva quella tutela accordata dalla norma europea;

- la novità introdotta dall'art. 15 della Direttiva consiste nella risposta fornita dal legislatore europeo al c.d. “*value gap*”, ossia all'iniqua distribuzione dei ricavi generati dallo sfruttamento in ambiente digitale di un contenuto protetto tra il titolare del diritto (editore) e il prestatore di servizi che veicola questo contenuto online;

- il Regolamento in esame non introduce alcun obbligo di negoziazione in capo ai prestatori di servizi della società dell'informazione, né un obbligo di partecipare alla procedura delineata nel Regolamento stesso, limitandosi a disciplinare un procedimento amministrativo da attivare in caso di mancato accordo tra le parti e il cui provvedimento finale non ha alcuna valenza vincolante né per le parti, né, tantomeno, per il giudice ordinario cui è rimessa alle parti medesime la facoltà di rivolgersi direttamente senza che sia obbligatorio un preliminare “passaggio” dinanzi all'Autorità;

- il recepimento italiano dell'articolo 15 della direttiva 2019/790 non causa alcun pregiudizio a *Meta Platforms*, mentre la sospensione cautelare comporta un grave danno per gli editori, che non possono godere della protezione prevista dall'articolo 15 della direttiva 2019/790;
- il Regolamento di cui alla delibera n. 3/23/CONS non risulta nemmeno idoneo ad arrecare alcun pregiudizio concreto e attuale nei confronti di *Meta Platforms*, come è emerso – peraltro – nell'ambito della procedura per la determinazione dell'equo compenso richiesto a *Meta Platforms* per l'utilizzo online delle pubblicazioni di carattere giornalistico di GEDI, ove l'Autorità ha unicamente agevolato le negoziazioni in corso tra le parti, nel pieno rispetto e salvaguardando la loro autonomia negoziale;
- ai sensi del Regolamento, entrato in vigore il 24 febbraio 2023, sono state presentate 8 istanze volte alla determinazione dell'equo compenso da parte dell'Autorità: 4 nei confronti di imprese di *media monitoring* e rassegna stampa e 4 nei confronti di prestatori di servizi della società dell'informazione;
- la sospensione dell'efficacia del Regolamento, qualora non riformata dal Consiglio di Stato, determinerebbe un gravissimo vulnus alla tutela predisposta dall'ordinamento europeo ad un'intera categoria di soggetti (gli editori) a fronte della richiesta di un singolo operatore;
- in una situazione di tal fatta, i presupposti di una eventuale tutela cautelare dovrebbero al più essere valutati, di volta in volta, nell'ambito dei singoli contenziosi che dovessero sorgere a seguito delle pendenti e/o future richieste di determinazione dell'equo compenso avanzate nei confronti delle controparti; giammai, quindi, in via preventiva ed *erga omnes*, precludendo l'attività futura dell'Autorità nei confronti di un'intera categoria di utenti, senza che ne ricorrano le ragioni.

9. *Meta Platforms* si è costituita nel presente giudizio eccependo in via preliminare la mancata proposizione di un'istanza cautelare, chiedendo la sospensione del giudizio nelle more del procedimento incidentale di rinvio dinanzi alla CGUE, contestando la fondatezza delle argomentazioni

sviluppate dall'Autorità e proponendo appello incidentale avverso i capi della sentenza che hanno respinto nel merito il secondo ed il terzo motivo del ricorso di primo grado.

La Società ha rassegnato le seguenti conclusioni: *«Voglia l'Ecc.mo Consiglio di Stato: 1) cancellare il presente giudizio dal ruolo delle sospensive; 2) sospendere il presente giudizio nelle more del procedimento di rinvio pregiudiziale dinanzi alla CGUE promosso dal TAR; e in ogni caso 3) respingere l'Appello di AGCOM perché inammissibile o comunque infondato e, di conseguenza, confermare la sospensione dell'efficacia del Regolamento, anche per i motivi di cui all'appello incidentale; 4) accogliere l'appello incidentale proposto da Meta Platforms e, di conseguenza, riformare la sentenza in parte qua accogliendo i motivi II e III del ricorso di primo grado, se necessario a seguito di rinvio pregiudiziale alla CGUE delle due questioni di cui al punto F in narrativa. Con vittoria di spese e onorari del giudizio di primo e secondo grado».*

9.1 In particolare *Meta Platforms* sostiene che:

- la sospensione cautelare è ben motivata;
- il Tar ha operato un equo e adeguato bilanciamento dei diritti alla luce del principio di proporzionalità come delineato dalla giurisprudenza dell'Unione Europea;
- il Regolamento sospeso è idoneo a creare danni gravi e irreparabili sia a *Meta Platforms* sia agli editori, violando i loro diritti fondamentali (e non meramente patrimoniali);
- i danni gravi e irreparabili hanno portato a un effettivo procedimento dinanzi ad AGCOM, dove l'Autorità stessa ha dovuto sospendere l'applicazione del Regolamento al fine di limitare la violazione dei diritti fondamentali;
- manca un pregiudizio per gli editori, che continuano a beneficiare della protezione fornita dall'articolo 15 della direttiva 2019/790 e dall'articolo 43-bis della legge sul diritto d'autore;
- *Meta Platforms* ha già concluso degli accordi su queste basi.

9.2 *Meta Platforms* propone appello incidentale avverso le statuizioni della sentenza del Tar relative: al principio del Paese d'Origine, che il recepimento italiano violerebbe; e all'omessa notifica della delibera e del Regolamento ai sensi della direttiva servizi tecnici, che sarebbe stata effettivamente richiesta e il cui difetto renderebbe tali atti non applicabili.

L'appello incidentale si fonda sui seguenti motivi:

I. Erroneità in fatto e in diritto della sentenza per i seguenti motivi: Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3 e 4 e dell'Allegato 1 della DCE, degli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. 70/2003, dell'art. 1 della direttiva (UE) 2015/1535 (direttiva servizi tecnici) e dell'art. 21 del d.lgs. 59/2010 per aver erroneamente escluso la violazione del Principio del Paese d'Origine. Difetto di motivazione. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti.

II. Erroneità in fatto e in diritto della sentenza per i seguenti motivi: Violazione e falsa applicazione della direttiva servizi tecnici (direttiva 2015/1535/UE) nell'escludere erroneamente l'applicazione degli obblighi di notifica. Difetto di motivazione. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti.

9.3 *Meta Platforms* chiede, infine, di sollevare ulteriori questioni interpretative ai sensi dell'art. 267 TFUE.

10. Nel presente giudizio si è costituita la Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG) chiedendo che l'appello proposto da AGCOM venga accolto.

DIRITTO

1. Occorre preliminarmente esaminare la richiesta avanzata da *Meta Platforms* di cancellare il presente giudizio dal ruolo delle sospensive.

Meta Platforms sostiene che:

- l'appello dell'AGCOM (proposto e depositato come "appello avverso sentenza ex art. 119 c.p.a.") non conterrebbe alcuna istanza di sospensione della sentenza;

- ciò nonostante, è stata fissata la camera di consiglio per discutere di un'istanza cautelare che AGCOM non ha in realtà mai proposto;
- non avendo AGCOM presentato alcuna istanza cautelare, all'esito della camera di consiglio, il Collegio non potrebbe adottare provvedimenti cautelari rispetto alla sentenza, né potrebbe definire l'appello dell'AGCOM con sentenza in forma semplificata, attesa la notevole complessità delle questioni di cui si discute – e considerata, inoltre, la proposizione da parte di *Meta Platforms* di un appello incidentale.

Per queste ragioni *Meta Platforms* ha chiesto che il Collegio, a fronte della mancata proposizione di istanze cautelari, cancelli il giudizio dal ruolo delle sospensive in cui risulta essere stato irrualmente inserito.

1.1 L'eccezione non può essere accolta.

Il Tar per il Lazio ha assunto una decisione a contenuto plurimo.

- a. Sotto un primo profilo, il Tar ha respinto il secondo ed il terzo motivo di ricorso, sicché, in parte qua, la pronuncia costituisce una sentenza non definitiva;
- b. Sotto un secondo profilo, il Tar ha sollevato una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE, sicché, in parte qua, la pronuncia costituisce un'ordinanza collegiale;
- c. Sotto un terzo profilo, il Tar ha statuito sull'istanza cautelare di sospensione degli atti impugnati proposta in primo grado da *Meta Platforms*, sicché, in parte qua, la pronuncia costituisce un'ordinanza cautelare.

È del tutto evidente che l'impugnativa proposta da AGCOM è rivolta avverso quest'ultima statuizione, l'ordinanza cautelare, contenuta nella sentenza del Tar per il Lazio n. 18790/2023.

Spettando al Collegio l'effettiva qualificazione giuridica del ricorso alla luce del suo effettivo contenuto, se è pur vero che l'appello proposto da AGCOM ha come *nomen iuris* “appello avverso sentenza” risulta *de plano* dalla lettura dell'atto e dalle richieste avanzate in conclusione dello stesso, che siamo di fronte ad un appello avverso una misura cautelare, qualificabile come appello

cautelare, vale a dire come appello proposto avverso una decisione cautelare e non avverso una sentenza di merito.

La memoria di costituzione e appello incidentale depositato da *Meta Platform*, di contro, ha una duplice natura, in quanto, da un lato, costituisce un'analitica replica all'appello cautelare proposto dall'Autorità, dall'altro, costituisce un appello sostanzialmente autonomo, non inserendosi nell'ambito di un appello principale proposto avverso la sentenza, con cui si contestano le statuizioni di merito contenute nella sentenza non definitiva.

In sintesi:

- quello proposto da AGCOM è un appello avverso una decisione cautelare (sospensione dell'efficacia degli atti impugnati in primo grado);
- l'appello cautelare, pertanto, è stato ritualmente inserito nel ruolo delle sospensive e non deve essere da esso cancellato come richiesto da *Meta Platforms*;
- il presente provvedimento deciderà in via definitiva sull'appello cautelare proposto da AGCOM;
- il giudizio, invece, proseguirà nelle forme ordinarie per quel che attiene le richieste avanzate da *Meta Platforms* con il proprio appello.

2. Sempre in via preliminare occorre esaminare la richiesta avanzata da *Meta Platforms* di sospendere il presente giudizio nelle more del procedimento incidentale di rinvio davanti alla CGUE.

Meta Platforms sostiene che:

- il rinvio alla CGUE non è oggetto del presente appello;
- nelle more del procedimento di rinvio pregiudiziale alla CGUE, i giudici nazionali sono tenuti a sospendere la valutazione della materia sottoposta alla Corte (articolo 23 dello Statuto della CGUE);
- la giurisprudenza della CGUE ha evidenziato come la sospensione si estende anche agli aspetti meramente connessi all'oggetto del rinvio pregiudiziale, ossia gli aspetti che possono essere impattati/condizionati negativamente da (cioè potenzialmente in conflitto con) la decisione finale della CGUE;

- con il suo appello AGCOM cercherebbe di minare questi principi e di far riesaminare il merito della questione prima che venga emessa la decisione della CGUE (perché pur essendo basato su motivi apparentemente processuali, esso ripropone argomenti attinenti al merito del Regolamento impugnato e in particolare contesta le conclusioni del Tar in termini di proporzionalità e coerenza con il diritto dell'Unione Europea, temi su cui deve pronunciarsi la Corte UE);
- detta sospensione appare necessaria anche alla luce dei principi del giusto processo, di economia processuale e di certezza del diritto (perché AGCOM riprenderebbe ad applicare un Regolamento che potrebbe plausibilmente essere dichiarato contrario al diritto dell'Unione Europea);
- la sospensione del presente procedimento di appello non arrecherebbe alcun danno agli editori, che restano pienamente titolari dei diritti effettivamente previsti dall'art. 15 della direttiva, come attuato dall'art. 43-*bis* della legge sul diritto d'autore anche senza l'intervento di AGCOM.

2.1 La richiesta – sebbene sia del tutto condivisibile la prospettazione di parte, secondo cui i giudici nazionali sono tenuti a sospendere la valutazione della materia sottoposta alla Corte di Giustizia, potendo proseguire i procedimenti nazionali solo in relazione a questioni diverse e non correlate a quelle sottoposte alla CGUE - non merita accoglimento.

Il richiamo all'art. 23 dello Statuto della Corte UE non è del tutto pertinente per quel che rileva in questa sede, in quanto la definizione dell'appello cautelare non comporta alcuna valutazione della materia sottoposta alla CGUE.

La proposizione della questione di pregiudizialità sospende il giudizio, e infatti la sospensione del giudizio è stata puntualmente disposta in primo grado, ma resta però fermo il potere del giudice nazionale di disporre idonee misure cautelari che valgono fino al momento in cui interviene la pronuncia della Corte UE.

I giudici nazionali possono concedere provvedimenti provvisori che disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su una disciplina che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità.

Quanto detto troverà conforto in quanto di seguito si dirà a proposito dell'esatto perimetro nel quale si sostanzia l'oggetto del presente appello cautelare.

3. Il Collegio non ignora l'ampio dibattito che è sorto a seguito della trasposizione nel diritto italiano (attraverso l'articolo 43-*bis* della legge sul diritto d'autore) dell'articolo 15 della direttiva 2019/790, ma tali aspetti esulano dal presente giudizio.

L'appello cautelare proposto da AGCOM, su cui il Collegio è chiamato ad esprimersi, chiede di riformare la specifica decisione presa dal primo giudice, che ha accolto l'istanza cautelare: questo e solo questo è il *thema decidendum* del presente provvedimento cautelare.

Durante la camera di consiglio fissata per la trattazione dell'appello cautelare, le parti costituite hanno convenuto sul fatto che il Tar ha sospeso unicamente l'efficacia degli atti impugnati in primo grado da *Meta Platforms* (ovvero: delibera dell'AGCOM n. 3/23/CONS, il regolamento di cui all'allegato A alla delibera, l'allegato B alla delibera e la modulistica), e che la pronuncia cautelare non ha riguardato l'art. 43-*bis* della legge n. 633 del 1941

Compito del Collegio, pertanto, è appurare se esistevano i presupposti per disporre la misura cautelare.

Nel giudizio di primo grado, così *Meta Platforms* aveva motivato l'istanza cautelare:

«Quanto al periculum in mora:

- la Delibera e il relativo Regolamento sono in vigore dal 24 febbraio 2023. Ciò significa che i criteri economici definiti nel Regolamento sono ora applicabili, il processo di definizione dell'equo compenso davanti all'AGCOM può essere avviato in qualsiasi momento e le

disposizioni sanzionatorie e ispettive sugli obblighi di messa a disposizione dei dati sono ora efficaci;

- sussiste quindi un evidente rischio sanzionatorio (nell'importo unitario dell'1% del fatturato per ogni richiesta di comunicazione dei dati non adempiuta, anche se la richiesta proviene da una parte privata come un editore di giornali) per il mancato rispetto degli obblighi di messa a disposizione dei dati. Ciò si traduce in pesanti oneri connessi alla progettazione e all'adozione di un sistema necessario a far fronte agli obblighi di divulgazione dei dati;

- inoltre, viene imposto un onere significativo in relazione alla preparazione e alla gestione della difesa nei potenzialmente molteplici procedimenti AGCOM di determinazione dell'equo compenso, nonché all'imposizione di determinazioni AGCOM sull'equo compenso stesso. In effetti, gli editori di giornale sono ora in grado di indirizzare a Meta Platforms richieste di negoziazione che, nel quadro giuridico dell'articolo 43-bis l.a. e della Delibera, probabilmente pregiudicherebbero irrimediabilmente i diritti di Meta Platforms, mentre l'AGCOM ha nel frattempo pubblicato sul proprio sito web, come Allegato C alla Delibera, il "modulo di richiesta per la determinazione dell'equo compenso per l'utilizzo online di pubblicazioni giornalistiche", che consente la presentazione di una richiesta di avvio del procedimento davanti all'AGCOM.

Tutto ciò rende necessaria la sospensione dei provvedimenti impugnati e l'accertamento nel merito, nel più breve tempo possibile, dell'incompatibilità dell'art. 43-bis e della Delibera con il diritto dell'Unione e con la Costituzione, e più in generale della loro illegittimità».

Alla luce di quanto esposto si deve rilevare che:

- i pregiudizi prospettati da Meta Platforms non sono concreti ed attuali (si paventa un futuro "rischio sanzionatorio");*
- i pregiudizi prospettati da Meta Platforms non sono neanche gravi ed irreparabili risolvendosi al massimo in possibili perdite patrimoniali come tali per definizione ristorabili;*
- i pregiudizi che Meta Platforms potrebbe patire non possono dirsi conseguenza diretta ed immediata del Regolamento, ma delle eventuali iniziative che, sulla scorta di questo, AGCOM potrebbe prendere nei suoi*

confronti (iniziative avverso le quali *Meta Platforms* potrà esperire tutte le azioni, anche cautelari, che l'ordinamento prevede);

- il Regolamento allegato alla delibera AGCOM prevede, di fatto, un meccanismo per giungere ad un accordo, ma resta ferma la facoltà di adire il giudice competente;

- ove le informazioni avessero natura di segreto professionale, sussisterebbero le preclusioni alla loro rivelazione di cui agli articoli 622 e 623 del codice penale.

La valutazione bilanciata dei contrapposti interessi, tenuto conto della natura prevalentemente economica dell'interesse azionato dalla ricorrente in primo grado, quindi, conduce a ritenere non sussistente il requisito del *periculum in mora*.

4. Per le ragioni esposte l'appello cautelare proposto da AGCOM deve essere accolto e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza cautelare impugnata, va rigettata l'istanza cautelare proposta da *Meta Platforms* nel giudizio dinanzi al Tar.

Data la complessità e la novità della questione, sussistono giusti motivi per compensare le spese di questa fase del giudizio.

Con l'emanazione della presente ordinanza si chiude il giudizio nato con l'appello cautelare proposto da AGCOM.

Prosegue in via ordinaria il giudizio sorto con l'appello proposto da *Meta Platforms* (che ha valore di appello principale avverso sentenza non definitiva).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello (Ricorso numero: 1135/2024) e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza cautelare impugnata, respinge l'istanza cautelare proposta in primo grado.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Caponigro, Presidente FF

Giovanni Gallone, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Roberto Caponigro

IL SEGRETARIO