

## La seconda revisione della direttiva “Televisione Senza Frontiere”: verso la *deregulation* della pubblicità in televisione?

Roberto Mastroianni

Il panorama europeo dell'audiovisivo potrebbe essere profondamente modificato dalla proposta della Commissione europea di riscrivere alcune parti della direttiva “Televisione Senza Frontiere”. In questo articolo la proposta viene analizzata nel suo complesso, con uno sguardo particolare all'intenzione, da parte della Commissione, di abrogare molte delle norme che oggi limitano un uso eccessivo di pubblicità in televisione.

### *La proposta della Commissione*

Il 13 dicembre 2005 la Commissione europea ha presentato una proposta di modifica della Direttiva del Consiglio n. 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (più nota come Direttiva “Televisione Senza Frontiere”: nel prosieguo “Direttiva TSF”). La Commissione intende così, a distanza di otto anni dalla prima revisione<sup>1</sup>, procedere all'aggiornamento della disciplina contenuta in un atto normativo di estrema rilevanza per lo svolgimento delle attività radiotelevisive nel continente europeo. È, infatti, noto che la Direttiva TSF ha provveduto, per la prima volta, ad armonizzare le regole nazionali per alcuni settori di detta attività. L'obiettivo è quello di eliminare le difformità tra le discipline interne e, quindi, di consentire la libera circolazione delle trasmissioni televisive nell'ambito comunitario. Raggiunta l'armonizzazione, gli Stati membri sono tenuti a consentire la trasmissione sul proprio territorio di programmi televisivi diffusi da emittenti stabilite in un altro Stato membro. L'unica normativa applicabile a queste trasmissioni diviene quella del Paese di origine, che deve essere dunque “riconosciuta” nel Paese di destinazione. Il tutto con l'obiettivo di garantire il funzionamento del mercato interno anche in questo specifico settore.

Nel testo della Direttiva TSF, l'attività di armonizzazione si è realizzata con l'adozione di regole comuni che gli Stati membri sono tenuti a trasporre nel loro

<sup>1</sup> Direttiva 97/36/CE.

ordinamento interno. Si tratta di norme che hanno come destinatarie tutte le emittenti (nazionali e locali) che trasmettono negli Stati membri, con l'eccezione di alcune disposizioni riferite esclusivamente alle emittenti nazionali ("quote" europee, pubblicità). Le disparità di discipline tra i vari Stati membri non vengono tuttavia completamente eliminate, posto che questi possono adottare regole derogatorie, ma solo nella direzione di applicare norme più particolareggiate o più rigorose (art. 3, par. 1). Quanto ai settori principali oggetto di intervento normativo, si tratta della tutela delle produzioni audiovisive europee (artt. 4-9), della pubblicità televisiva e sponsorizzazione (artt. 10-20), della tutela dei minori e dell'ordine pubblico (artt. 22-22 ter).

Rispetto al primo settore, le regole comunitarie prevedono che le emittenti sottoposte alla giurisdizione degli Stati membri riservino, "ogniqualvolta sia possibile", la percentuale maggioritaria del loro tempo di trasmissione alle opere prodotte negli Stati membri della Comunità (art. 4), nonché almeno il 10% del tempo di trasmissione alle opere di produttori indipendenti dalle emittenti (art. 5). La disciplina della pubblicità e delle sponsorizzazioni si sostanzia, invece, in una serie di regole finalizzate a garantire, da un lato, il finanziamento delle emittenti televisive, in particolare quelle commerciali; dall'altro, un'adeguata tutela dell'utente-consumatore nei confronti di un eccessivo o scorretto ricorso a pratiche pubblicitarie. In particolare, si considerano la riconoscibilità e separazione della pubblicità rispetto al resto della programmazione (art. 10); i limiti quantitativi (art. 18), vale a dire la fissazione per gli spot televisivi di "tetti" di affollamento per ora (20%) e giorno di trasmissione (15%, elevabile a 20% se l'emittente trasmette forme di pubblicità come le televendite); limiti alle interruzioni pubblicitarie (art. 11); i limiti "qualitativi", quale il divieto di promozione di determinati prodotti (per esempio tabacco), nonché l'individuazione di principi da rispettare nella pubblicità rivolta ai bambini, nonché nella promozione di prodotti farmaceutici e alcolici (artt. 14-15). Infine, quanto alla tutela di interessi generali, quale il rispetto dei diritti dei minori e l'ordine pubblico, la direttiva richiede agli Stati membri di garantire che le trasmissioni delle emittenti stabilite nel loro territorio siano conformi a una serie di parametri espressamente codificati (artt. 22 e 22 bis).

La Direttiva TSF ha subito una prima revisione nel 1997 (Direttiva n. 97/36/CE). In quell'occasione, il Consiglio e il Parlamento europeo, divenuti contitolari del potere decisionale, sono intervenuti su limitati aspetti della disciplina precedente. Tra questi, va rimarcata la modifica delle regole in materia di promozione commerciale, con un sostanzioso incremento dei tempi che a questa possono essere dedicati nelle trasmissioni televisive diffuse dalle emittenti europee. Inoltre, è stato aggiunto un ulteriore obbligo a carico degli Stati membri: quello di rispettare le scelte operate dagli altri Stati in merito alla definizione di una lista di eventi di grande interesse che non possono essere trasmessi, in maniera da privare una parte importante del pubblico dalla possibilità di seguirli in diretta e su canali liberamente accessibili (art. 3 bis).

## *Il procedimento di revisione: la proposta della Commissione*

La proposta della Commissione mette dunque in moto il secondo processo di revisione della Direttiva TSF. Dalla proposta emerge una posizione molto netta, quanto meno nei suoi principi generali: la Commissione intende, in primo luogo, ammodernare e semplificare il quadro normativo per i servizi di radiodiffusione c.d. lineari: si tratta dei servizi tradizionali, diffusi attraverso qualsiasi piattaforma (compresi dunque la IPTV, lo *streaming* sul web o il *webcasting*), che vedono l'utente soggetto "passivo" delle scelte operate dagli operatori quanto al palinsesto e ai tempi di diffusione dei programmi<sup>2</sup>. In secondo luogo, introduce norme minime anche per i servizi di media audiovisivi interattivi a richiesta o non lineari (*tv on demand*, per esempio), nei quali «*l'utente decide il momento in cui è trasmesso un programma specifico sulla base di una gamma di contenuti selezionati dal fornitore di servizio di media*» (art. 1, lett. e), del nuovo testo della Direttiva TSF<sup>3</sup>. Dunque, nelle intenzioni della Commissione, un approccio moderno alla disciplina dei mezzi di comunicazione deve partire dal principio della neutralità tecnologica, nel senso che è «*opportuno adottare regole nel settore della politica dell'audiovisivo che non producano discriminazioni all'interno di piattaforme differenti che forniscono contenuti simili e che creino invece condizioni per una concorrenza equa e più intensa tra i vari operatori, promuovendo la proliferazione di nuovi servizi*».

In applicazione di questi principi, la proposta della Commissione offre uno scenario del tutto nuovo. La scelta operata è quella di adottare un testo rivolto non più soltanto alle attività televisive bensì ai "servizi di media audiovisivi" e (seppure non formalmente) diviso in due parti.

La prima di queste è dedicata in principio a tutte le attività di fornitura di servizi di media audiovisivi<sup>4</sup>: si tratti di servizi lineari e non lineari<sup>5</sup>. La proposta mira di conseguenza a estendere ai servizi non lineari alcune delle regole attuali della Direttiva TSF, in particolare quelle in tema di tutela dei minori,

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 1, lett. c) della direttiva nel testo modificato dalla Commissione, si intende per "radiodiffusione televisiva" o "trasmissione televisiva", un servizio di media audiovisivo lineare nel quale il fornitore del servizio di media decide il momento di trasmissione di un programma specifico e stabilisce il palinsesto dei programmi.

<sup>3</sup> Rispetto ai servizi non lineari, va ricordato che questi risultano al momento esclusi dal campo di applicazione della Direttiva TSF, che all'art. 1, lett. a), limita la sua disciplina alla "trasmissione televisiva" intesa come la diffusione, con qualsiasi mezzo (etere terrestre, satellite, cavo) di programmi televisivi destinati al pubblico, e non comprende i servizi di comunicazione fruibili a richiesta individuale. I servizi a richiesta sono invece al momento sottoposti alla disciplina della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, la quale consente agli Stati membri di derogare al principio del paese di origine per motivi di ordine pubblico: di conseguenza, i servizi di media audiovisivi a richiesta possono essere soggetti a norme differenti per contenuti offerti in più Stati membri (articolo 3,

paragrafo 4, della Direttiva 2000/31/CE), il che a parere della Commissione rischia di mettere a repentaglio la libera circolazione dei servizi all'interno della Comunità e provoca distorsioni della concorrenza nel mercato comune. La Direttiva 2000/31/CE non affronta, inoltre, questioni di interesse generale quali la tutela dei minori o il rispetto della dignità umana.

<sup>4</sup> Si noti tuttavia che nella prima parte permangono alcune regole dedicate in modo specifico alle sole attività televisive tradizionali, come gli artt. 3 e 3 bis, in tema di accesso agli eventi maggiori e ai "brevi estratti".

<sup>5</sup> Come specificato all'art. 1, lett. a) della nuova direttiva, per "servizio di media audiovisivo" si intende «un servizio quale quello definito agli articoli 49 e 50 del trattato il cui obiettivo principale è la fornitura di immagini animate, sonore o no, al fine di informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2, lettera a) della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio».

il divieto dell'incitamento all'odio, l'obbligo di identificazione del fornitore di servizi di media e di riconoscibilità delle comunicazioni commerciali, nonché alcune regole di tipo "qualitativo" sempre in materia di comunicazioni commerciali (per esempio, la pubblicità degli alcolici o i messaggi rivolti ai minori) e concernenti le sponsorizzazioni (artt. 3 quater - 3 nonies della direttiva modificata). La seconda parte della direttiva, decisamente più corposa dal punto di vista degli oneri imposti agli operatori, rimane invece specificamente dedicata ai soli servizi lineari (quelli tradizionali), sulla base della premessa per cui - quantomeno nel breve periodo - questi servizi meritano una disciplina particolare in considerazione della loro specificità e del loro impatto sui diritti degli utenti.

### *Le novità in tema di servizi audiovisivi tradizionali (lineari): la ratio della disciplina in materia di pubblicità e le "nuove forme" di promozione commerciale*

Come anticipato, nei confronti delle forme tradizionali (lineari) di servizi di media audiovisivi, la Commissione propone un intervento mirato, destinato a garantire "flessibilità" e "liberalizzazione" con la modifica o l'abrogazione di alcune regole attuali.

Nella sostanza, si tratta di interventi che hanno come principale obiettivo quello di semplificare e ridurre all'osso la disciplina attuale in tema di vincoli alla trasmissione dei messaggi pubblicitari, in particolare le regole relative all'inserimento della pubblicità nel corso della programmazione, alla separazione tra pubblicità e programma, ai "tetti" di affollamento pubblicitario. La disciplina della pubblicità è un elemento molto importante per effettuare un bilanciamento tra questi interessi generali e le legittime esigenze di finanziamento delle emittenti.

Come è noto, nella prassi delle diffusioni televisive tradizionali le emittenti commerciali e gli inserzionisti pubblicitari tendono a realizzare, tra gli altri, i seguenti obiettivi, allo scopo di massimizzare le entrate pubblicitarie: a) rendere il più possibile contestuale la diffusione di programma e pubblicità, per esempio riducendo lo "stacco" tra i due momenti della programmazione (telepromozioni, spot isolati) o addirittura trasmettendoli contemporaneamente (sovraimpressioni, posizionamento dei prodotti, *split-screen*); b) non essere soggetti a limitazioni nei tempi di diffusione, soprattutto nelle ore di massimo ascolto; c) trasmettere la pubblicità non tra i programmi, ma interrompendo i programmi. È chiaro che il perseguitamento di questi obiettivi può entrare in conflitto con altri valori di diverso contenuto, quali la tutela degli utenti e la garanzia di un'equa distribuzione delle risorse economiche. Appare evidente, inoltre, che i risultati di questo bilanciamento possono mutare in conseguenza dello sviluppo del mercato audiovisivo (e dei media in generale) nonché delle sensibilità degli

spettatori: la presenza di un numero elevato di operatori può, in linea di principio, suggerire un alleggerimento della regolamentazione, a condizione tuttavia di non incidere in maniera negativa sui suoi principi fondanti.

Prima di valutare più in dettaglio le novità proposte, appare opportuno domandarsi quali siano, in linea di principio, gli obiettivi della regolamentazione, al fine di valutare se le esigenze che ne stanno alla base siano ancora valide in una fase di evidente ampliamento delle offerte (ma non necessariamente del numero degli operatori). Indicazioni in tal senso si ritrovano nella giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria, della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte Costituzionale, nonché nel "Rapporto esplicativo" della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla televisione transfrontaliera. Si indicano in quelle sedi gli obiettivi di politica culturale (riservare buona parte del tempo di trasmissione a programmazioni "di qualità"); di garanzia dell'indipendenza delle emittenti nella definizione della programmazione, la quale non deve essere troppo condizionata dagli interessi degli inserzionisti pubblicitari; di tutela dell'utente-consumatore, sia nei confronti di alcune tipologie di messaggi, sia nei confronti di un eccesso di pubblicità (soprattutto per determinati programmi quali le opere cinematografiche); *last but not least*, di equa distribuzione delle risorse nel settore radiotelevisivo e tra i differenti media.

## *La "semplificazione" delle regole nella proposta della Commissione*

Si diceva in precedenza che nel settore della diffusione della pubblicità televisiva la proposta della Commissione interviene in profondità sulla disciplina delle attività televisive attualmente vigente. Quanto alle motivazioni di questo intervento, si legge nel documento della Commissione che accompagna la proposta<sup>6</sup> che «*alla luce dei progressi tecnologici, dei mutamenti del mercato e del comportamento dei consumatori (la loro maggior possibilità di scelta e il loro maggior grado di responsabilità), e per restare fedeli agli obiettivi dell'interesse generale, è necessario un maggior grado di flessibilità nelle norme che disciplinano i servizi audiovisivi lineari, in particolare la pubblicità*». Sulla base di questo assunto, condiviso dalle principali categorie interessate nel corso della procedura di consultazione, ma non dalle emittenti pubbliche, dalla carta stampata, dalle associazioni dei consumatori nonché da alcuni Stati membri, la proposta opera di fatto lo smantellamento di buona parte delle regole esistenti. Per evidenziare ciò, ritengo utile distinguere tra le regole concernenti la riconoscibilità della pubblicità e la separazione tra questa e il resto della programmazione; quelle relative agli inserimenti di pubblicità nel corso delle trasmissioni; quelle dedicate ai "tetti" di affollamento pubblicitario.

<sup>6</sup> Doc. COM (2005) 646 definitivo del 13 dicembre 2005.

1) Riconoscibilità della pubblicità e *product placement*: nel testo attuale della direttiva, il principio di base è quello per cui la pubblicità televisiva e la televendita devono essere chiaramente riconoscibili come tali ed essere nettamente distinte dal resto della programmazione con mezzi ottici e/o acustici. Il principio trova poi ulteriore specificazione nelle regole successive, per cui «gli spot pubblicitari e di televendita isolati devono costituire eccezioni» (par. 2); «la pubblicità e la televendita non devono utilizzare tecniche subliminali» (par. 3); «la pubblicità e la televendita clandestine (i.e. ingannevoli) sono vietate» (par. 4).

Nella proposta della Commissione il primo comma dell'art. 10 rimane inalterato e il principio generale della identificabilità della pubblicità viene riproposto anche nella prima parte, per cui diviene applicabile anche ai servizi audiovisivi “non lineari” (art. 3 octies); tuttavia, queste regole incontrano nella direttiva un'importante eccezione con l'accettazione del c.d. inserimento dei prodotti (*product placement*), forma di comunicazione commerciale distinta dalla pubblicità e definita nell'art. 1, lett. k) della proposta come «*ogni forma di comunicazione commerciale audiovisiva che consiste nell'inserire o nel fare riferimento a un prodotto, a un servizio o a un marchio nei servizi di media audiovisivi, di norma dietro pagamento o altro compenso*». Questa importante novità viene giustificata dalla Commissione nel Preambolo della sua proposta alla luce della constatazione che «*la pubblicità attraverso l'inserimento di prodotti nelle opere cinematografiche e nelle opere audiovisive prodotte per la televisione è una realtà, ma gli Stati membri adottano norme differenti in materia. Per garantire la parità di trattamento e migliorare di conseguenza la competitività del settore europeo dei media, è necessario disciplinare tale materia. La definizione di inserimento di prodotti accolta dalla presente direttiva copre ogni forma di comunicazione commerciale audiovisiva che consiste nell'inserire o nel fare riferimento a un prodotto, a un servizio o a un marchio in una trasmissione televisiva, di norma a pagamento o dietro altro compenso. Tale pratica è soggetta alle stesse regole qualitative e alle stesse limitazioni che si applicano alla pubblicità*». Le regole di dettaglio riferite al posizionamento dei prodotti si ritrovano invece nell'art. 3 nonies.

Ora, va immediatamente segnalato che l'affermazione della Commissione in merito all'applicazione, nei confronti del *product placement*, delle medesime regole qualitative e delle limitazioni riferite alla pubblicità non trova riscontro nel testo della proposta. In primo luogo, le limitazioni in tema di pubblicità dei prodotti farmaceutici disponibili solo su ricetta medica, di cui all'art. 14 della direttiva, non vengono richiamate dall'art. 3 nonies, per cui, sulla base del testo della Commissione, il posizionamento dei prodotti potrebbe addirittura essere effettuato con i medicinali prima richiamati. Lo stesso vale per il posizionamento di prodotti a base di alcol, perfettamente lecito secondo le proposta della Commissione. Inoltre, posto che le regole (residue) in tema di affollamenti pubblicitari riguardano soltanto la pubblicità e che la definizione di posizionamento dei prodotti prevede che questa sia una comunicazione commerciale distinta

dalla pubblicità, ne consegue che nessun tetto di “affollamento” sia imposto al posizionamento dei prodotti.

Più in generale, l'apertura che la Commissione effettua nei confronti di questa prassi rischia di incidere in maniera profonda su uno dei pilastri della politica comunitaria dell'audiovisivo, vale a dire il principio generale che richiede la netta distinzione tra i contenuti promozionali e il resto della programmazione: ciò a tutela dell'indipendenza delle produzioni, nonché del diritto dei telespettatori di decidere se guardare o meno la pubblicità. Le cautele che la Commissione suggerisce, in particolare l'obbligo per le emittenti di informare adeguatamente il pubblico della presenza in un programma di fenomeni di inserimento di prodotti, non sembrano risolutive, posto che gli avvisi all'inizio o alla fine delle trasmissioni sono in genere ignorati dagli ascoltatori. In secondo luogo, anche se alcune tipologie di programmi vengono escluse dalla pratica in discorso (in particolare i programmi per bambini, i documentari, i notiziari e le trasmissioni attualità), la maggior parte della programmazione, compresi film, telefilm, programmi sportivi, spettacoli di intrattenimento, *quiz show*, rimane disponibile per il posizionamento dei prodotti, paradossalmente suggerendo alle emittenti di preferire queste tipologie di programmi a quelle meno “attraenti” per gli inserzionisti pubblicitari.

Infine, quanto all'osservazione della Commissione per cui il *product placement* sarebbe “una realtà” nelle produzioni cinematografiche, non si vuole certo contestare che questo sia vero, tanto per le produzioni europee quanto per quelle d'oltreoceano. Tuttavia, non sembra che questo sia un motivo determinante per estendere la prassi stessa a molte altre categorie di programmi, con la conseguenza di limitare l'autonomia delle emittenti e di provocare un ulteriore scadimento della qualità della programmazione. In ogni caso, il *product placement* in film statunitensi (e in film italiani, in base alla nuova disciplina del D.Lgs. n. 28/2004) non rientra nel campo di applicazione della direttiva, che non vieta, evidentemente, la messa in onda di opere del circuito cinematografico che già contengano inserimenti di prodotto, ma disciplina esclusivamente la pubblicità diffusa dall'emittente a fronte di un rapporto contrattuale diretto con l'inserzionista pubblicitario.

2) Inserimenti di pubblicità nel corso delle trasmissioni: le regole attuali in tema di inserimento di pubblicità nel corso della programmazione vengono anch'esse profondamente incise dalla proposta della Commissione. Innanzitutto, quanto alla disposizione che impone un uso eccezionale degli spot isolati (art. 10, co. 2), la proposta precisa che essa non troverà applicazione nella trasmissione di programmi sportivi. Qualora questa disposizione fosse confermata nel corso della procedura di revisione, ne risulterebbe pienamente legittimata la pratica dell'inserimento illimitato dei minispot nelle partite di calcio o in altri eventi sportivi.

Quanto agli inserimenti pubblicitari (art. 11), la proposta della Commissione tende a una radicale semplificazione del quadro normativo esistente, con l'abro-

gazione di buona parte dei vincoli oggi imposti alle emittenti. In particolare vengono abrogate:

- a) la regola attuale per cui, in presenza di programmi composti di parti autonome o comprendenti degli intervalli, la pubblicità può essere inserita esclusivamente tra le parti autonome o negli intervalli (attuale art. 11, par. 2); di conseguenza, gli inserimenti pubblicitari potranno essere effettuati senza limiti, per esempio, nella trasmissione di opere teatrali e musicali, così come nella programmazione di eventi sportivi;
- b) la regola attuale per cui due successive interruzioni di programmi che non sono composti di parti autonome, né comprendono intervalli possono aver luogo soltanto nel rispetto di un intervallo di almeno venti minuti (attuale art. 11, par. 4), con la conseguenza che gli inserimenti pubblicitari potranno susseguirsi anche a brevissima distanza di tempo nel medesimo programma.

Le rimanenti disposizioni dell'art. 11 rimangono in vigore con alcune modifiche. In particolare:

- a) viene abrogato il principio per cui la pubblicità deve essere di regola inserita tra i programmi (vale a dire tra la fine di un programma e l'inizio del successivo), mentre rimane l'indicazione per cui l'inserimento di pubblicità non deve ledere l'integrità del programma e i diritti dei titolari (co. 1);
- b) quanto alle interruzioni pubblicitarie, rimangono in vigore soltanto i vincoli relativi ai film per la televisione, alle opere cinematografiche e ai programmi per bambini e i notiziari: la loro interruzione con pubblicità o *teleshopping* è consentita una volta per periodi di trentacinque minuti (per i film, oggi la regola è di un'interruzione per quarantacinque minuti, mentre per programmi per bambini e notiziari è di trenta minuti).

La *deregulation* proposta dalla Commissione non è sorretta da alcuna motivazione convincente, limitandosi a sostenere da un lato che le regole attuali sarebbero "complicate" e dall'altro che, considerato «*l'aumento del numero di nuovi servizi [che] ha ampliato le possibilità di scelta per i telespettatori, non si giustifica più il mantenimento di una normativa dettagliata in materia di inserimento di spot pubblicitari a tutela dei telespettatori. Pur non prevedendo un aumento della quantità oraria di pubblicità consentita, la presente direttiva lascia agli organismi di radiodiffusione televisiva la facoltà di scegliere quando inserire i messaggi pubblicitari in modo che questi ultimi non pregiudichino l'integrità dei programmi*» (considerando 42).

Si tratta di argomenti facilmente confutabili. Quanto all'ampliamento del numero delle piattaforme e dei canali e alla conseguente libertà di scelta per i telespettatori, appare evidente che questa facoltà di scelta è più apparente che reale, in quanto l'aumento dei canali non significa certo che i programmi siano a loro volta replicati. In altri termini, un utente che intende seguire un

determinato film di grande richiamo o una partita di calcio su un canale televisivo è in linea di principio disposto a farlo anche se il programma è infarcito di interruzioni pubblicitarie, come la (illegittima) prassi italiana precedente al 2005<sup>7</sup> di trasmissione di minispot nelle partite di calcio ha ampiamente dimostrato. Solitamente, eccetto situazioni limitate, un utente non ha a disposizione il medesimo programma su altri canali, per cui la "sostituibilità" invocata dalla Commissione è, nella normalità dei casi, una mera illusione.

Rispetto alla pretesa "complessità" dell'attuale disciplina, si tratta di un'affermazione non condivisibile, considerato che in diciassette anni le regole sulle interruzioni pubblicitarie contenute nella TSF sono state solo per due volte oggetto di quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia da parte dei giudici nazionali per ottenere la corretta interpretazione della disciplina comunitaria. Ben altre sono le direttive il cui testo non chiarissimo ha provocato un intenso contenzioso (si pensi, solo per fare due esempi, a quelle in materia di appalti e di responsabilità da prodotto difettoso).

Infine, va segnalato che, in base alla proposta della Commissione, il ricorso alle "nuove tecniche pubblicitarie" come lo *split-screen* e la pubblicità virtuale non solo sarà pienamente lecito, ma il tempo dedicato a queste pratiche sarà totalmente escluso dai "tetti" di affollamento.

3) I tetti di affollamento pubblicitario: si è prima segnalato che, nel preambolo che accompagna la proposta, la Commissione sostiene che la quantità oraria di pubblicità consentita non verrebbe aumentata. Ciò non corrisponde al vero, come peraltro la stessa Commissione ribadisce immediatamente dopo (considerando n. 44). La proposta della Commissione, infatti, riformula totalmente l'art. 18 della Direttiva TSF, in quanto da un lato abroga totalmente i limiti giornalieri, che nel testo attuale della direttiva trovano applicazione per tutte le forme di pubblicità, dall'altro mira a imporre "tetti" di affollamento orario soltanto ad alcune forme di pubblicità, definite "brevi" (spot pubblicitari e spot di televendita). La conseguenza è che tutte le forme di pubblicità diverse da quelle indicate (per esempio le telepromozioni, lo *split-screen*, la pubblicità virtuale), per il solo fatto di non essere "brevi", rimarrebbero totalmente libere da vincoli sia orari sia giornalieri. In aggiunta, l'articolo 18 bis, che richiedeva alle emittenti di non superare le tre ore al giorno nella diffusione di televendite (pratica che l'attuale Direttiva TSF distingue dalla nozione di pubblicità), imponendone anche una durata minima di 15 minuti e il numero massimo di otto al giorno, viene anch'esso abrogato dalla proposta della Commissione. Ne consegue che, qualora la direttiva dovesse essere modificata nel solco della proposta della Commissione, si verificherebbe un sostanzioso incremento del tempo che

<sup>7</sup> Con la Delibera dell'AGCOM n. 105/05/csp si è limitato a sei il numero massimo di inserimenti pubblicitari consentiti nelle partite di calcio, imponendo anche che detti inserimenti possano avvenire esclusivamente nelle "pause" che comportano il recupero del tempo di gioco. Si tratta di una soluzione che riduce di molto il ricorso ai minispot rispetto alla precedente prassi, ma che non

appare ancora totalmente in linea con le regole comunitarie. Queste richiedono, infatti, che nelle trasmissioni sportive che comprendono intervalli la pubblicità possa essere inserita esclusivamente negli intervalli (art. 11, par. 2, Direttiva tsf): e intervallo della partita di calcio è da sempre inteso soltanto l'intervallo tra il primo e il secondo tempo.

le emittenti televisive possono dedicare alle comunicazioni commerciali nel loro complesso.

Questa soluzione non appare giustificata, e risulta contraria alla *ratio* dell'imposizione di limiti orari alla trasmissione di messaggi pubblicitari, che è notoriamente quella di richiedere alle emittenti di dedicare il resto del tempo ai programmi, soprattutto negli orari di maggior ascolto. È evidente che tali obiettivi possono essere raggiunti soltanto se i limiti orari trovano applicazione per tutte le forme di pubblicità e non solo per gli spot. Si consideri poi che l'esclusione delle telepromozioni da qualsiasi limite temporale nella diffusione di pubblicità appare ingiustificata in quanto si tratta, come dimostrato dalla prassi, di forme promozionali molto incisive perché inserite nel contesto della programmazione e, dunque, diffuse nei programmi di maggior ascolto. L'adozione del testo della Commissione porterebbe inevitabilmente a un sostanzioso aumento della raccolta pubblicitaria per le emittenti televisive (in particolare quelle generaliste) e dunque all'afflusso di nuove risorse economiche nel settore televisivo. Questo avverrebbe a scapito sia delle emittenti tematiche e delle nuove forme di comunicazione *online*, sia degli altri mezzi di comunicazione di massa che si nutrono della medesima fonte di finanziamento (la stampa). Va da sé che risultano fortemente pregiudicati anche gli interessi dei telespettatori, nonostante sia un dato di comune esperienza che il carico di pubblicità nelle trasmissioni televisive sia già oggi decisamente elevato.

Per riassumere, nella proposta della Commissione:

- a) vengono abrogati gli attuali limiti giornalieri di pubblicità (20%), ritenuti dalla Commissione inutili in quanto troppo alti (conclusione in verità non giustificata, quanto meno alla luce della prassi italiana, in cui a volte anche questi limiti vengono "sforati");
- b) i tetti orari di pubblicità rimangono in vigore, ma soltanto per le c.d. "forme brevi di pubblicità" come gli spot pubblicitari e gli spot di televendita (nuovo art. 18, co. 2). Di conseguenza, forme di pubblicità come le telepromozioni, così come le televendite, saranno libere da vincoli sia orari sia giornalieri. Lo stesso vale per le "nuove tecniche pubblicitarie", le quali, come prima indicato, saranno del tutto svincolate dal rispetto di "tetti" di affollamento pubblicitario;
- c) le televendite non trasmesse in forma di spot (i programmi di televendita) sarebbero anch'esse totalmente svincolate da ogni limite temporale.

Qualora le soluzioni proposte dalla Commissione venissero accolte dal Parlamento europeo e dal Consiglio, si assisterebbe a una sostanziale riduzione della tutela oggi offerta agli utenti contro gli eccessi della pubblicità nella programmazione delle emittenti televisive. Per giustificare dette soluzioni, la Commissione si riferisce genericamente alla necessità di semplificare le regole esistenti per garantire chiarezza agli operatori e per dar conto delle evoluzioni tecnologiche in atto. Si tratta, peraltro, di argomenti non totalmente convincenti, se si considera, da un

lato, che le regole esistenti realizzano un quadro normativo chiaro e completo, purtroppo a volte non rispettato in alcuni Paesi, tra cui l'Italia, anche per un insufficiente monitoraggio da parte delle competenti autorità; dall'altro lato, che lo sviluppo di servizi innovativi *on demand* rischia di essere frenato, piuttosto che favorito, dall'inevitabile maggior flusso degli investimenti pubblicitari che verrà a realizzarsi in favore delle attività di *broadcasting* tradizionali. Ulteriore aspetto negativo è il rischio di un travaso delle risorse pubblicitarie dalla stampa alla televisione, in ragione delle più ampie possibilità, per le emittenti televisive, di offrire spazi pubblicitari agli inserzionisti.

In aggiunta, il documento della Commissione appare poco coerente con la giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria per cui la disciplina della pubblicità in televisione è finalizzata a garantire gli utenti da un eccesso di pubblicità (sentenza *RTL*, punto 68). Esso non sembra perseguire adeguatamente gli ulteriori obiettivi della politica audiovisiva, *in primis* quelli culturali (riservare buona parte del tempo di trasmissione a programmazione "di qualità"), di garanzia dell'indipendenza delle emittenti nella definizione della programmazione (la quale non deve essere troppo condizionata dagli interessi degli inserzionisti pubblicitari), di equa distribuzione delle risorse nel settore radiotelevisivo e tra i differenti media.

Rimangono ignorate, invece, altre importanti esigenze, pur manifestatesi nella prassi di applicazione delle direttive negli ordinamenti interni: in particolare la necessità di adottare misure di contenimento della pubblicità di prodotti alimentari dannosi per la salute (in particolare dei bambini) e di prodotti a base di alcol<sup>8</sup>, nonché di richiedere agli Stati membri l'adozione nell'ordinamento interno di un apparato sanzionatorio efficace per reagire ai (diffusi) fenomeni di violazione delle regole in tema di pubblicità. A questo proposito, appare utile dedicarci ora alla (infelice) vicenda del recepimento della Direttiva TSF nell'ordinamento italiano.

## *L'attuazione in Italia della Direttiva TSF*

Il recepimento in Italia della Direttiva TSF non è stato certo né rapido, né lineare. Ciò vale soprattutto (ma non solo<sup>9</sup>) per la disciplina in tema di pubblicità e sponsorizzazione. La Legge n. 223 del 1990, pur adottata in preteso recepimento della direttiva, di fatto ignorava tutto il complesso di norme relative alle interruzioni pubblicitarie (artt. 10 e 11). È vero che, con la Legge n. 327 del 1991, si procedeva alla ratifica della Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera, la quale contiene una disciplina delle interruzioni pubblicitarie identica a quella della Direttiva TSF, ma questo dato oggettivo e incontestabile veniva colpevolmente ignorato dalle emittenti e soprattutto dalle autorità di controllo.

<sup>8</sup> Si vedano in proposito le prese di posizione del BEUC e di Altroconsumo in merito alla proposta della Commissione.

<sup>9</sup> Le regole sulla tutela delle produzioni europee sono state oggetto di recepimento soltanto con l'art. 2 della

Legge n. 122 del 1998, a cui è stata data attuazione (apparentemente, in assenza di fondamento normativo) con la Delibera n. 9/99 della Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Nel corso del tempo si sono di conseguenza sedimentate situazioni di palese illegittimità della normativa e della prassi interna, decisamente più favorevole di quella comunitaria in particolare per quanto concerne la disciplina delle interruzioni pubblicitarie. La regolamentazione successiva ha eliminato con fatica le situazioni di illegittimità: per esempio, è solo con l'adozione della Legge n. 122 del 1998, dunque a distanza di sette anni dal termine imposto agli Stati membri (novembre 1991), che l'obbligo di corretta attuazione alla disciplina comunitaria delle interruzioni pubblicitarie è stato rispettato sul piano normativo. Seguiva l'adozione, da parte dell'AGCOM, del Regolamento sulla pubblicità (Delibera n. 538/01/CSP), più volte successivamente modificato, per esempio in tema di interruzione degli eventi sportivi. La disciplina della Legge n. 122 veniva poi trasfusa nel Testo Unico per la Radiotelevisione (D.Lgs. n. 177 del 31 luglio 2005)<sup>10</sup>.

Quanto alla prassi delle emittenti, permangono alcune situazioni di incompatibilità con la disciplina comunitaria e con le regole interne che ne danno attuazione: tra questi, episodi frequenti di sforamento dei "tetti" orari e giornalieri applicabili<sup>11</sup> nonché la trasmissione dei cosiddetti "programmi matrioska": si tratta della pratica, seguita dalle emittenti commerciali, di trasmettere opere audiovisive con l'innesto, nel corso della trasmissione, di un brevissimo programma (meteo, tg), allo scopo di effettuare un numero di interruzioni superiore a quello consentito per la diffusione del film: ciò in quanto le interruzioni in eccedenza vengono formalmente imputate al breve programma in questione e non al film. Questa prassi è ora stigmatizzata dall'AGCOM con una serie di recenti ordinanze-ingiunzioni adottate nel 2006 (per esempio Delibera n. 68/06/CSP), totalmente inefficaci dal punto di vista del valore deterrente e afflittivo della misura.

## *Le regole in tema di monitoraggio e sanzione: l'AGCOM*

Superato parzialmente il ritardo accumulato per anni in Italia nel recepimento di buona parte delle regole della direttiva, il problema di fondo va oggi ricondotto al procedimento di accertamento e sanzione in origine configurato dalla Legge 6 agosto 1990, n. 223 e oggi ribadito (con le modifiche che prenderemo in considerazione) nel citato Testo Unico (art. 51)<sup>12</sup>. Questo procedimento non consente all'AGCOM di intervenire tempestivamente a seguito dell'accertamento

<sup>10</sup> Va segnalato tuttavia che l'art. 37 del citato Decreto riprende una disposizione della Legge n. 223 del 1990 (Legge Mammì), notoriamente abrogata per incompatibilità dalla successiva Legge n. 122 del 1998, che consente l'inserimento di pubblicità nella trasmissione di opere teatrali, liriche e musicali non solo in coincidenza dell'intervallo, come le norme comunitarie impongono (art. 11, par. 2, Direttiva 89/552), ma anche durante l'opera. Detta disposizione è evidentemente viziata di incostituzionalità per eccesso di delega.

<sup>11</sup> Il "termometro degli spot" predisposto da Altroconsumo ([www.altroconsumo.it](http://www.altroconsumo.it)) è molto eloquente sul punto.

<sup>12</sup> L'inefficacia del presidio sanzionatorio attualmente applicabile è stata oggetto, il 12 luglio 2006, di segnalazione al Governo da parte dell'AGCOM in base all'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 della Legge 31 luglio 1997, n. 249. L'AGCOM segnala l'esigenza di un intervento normativo di revisione di alcuni aspetti del sistema sanzionatorio vigente nell'ambito dei settori di sua competenza, tra cui quello della pubblicità televisiva.

di una violazione, ma impone di seguire alcune fasi successive: in primo luogo, all'esito del monitoraggio svolto, è necessario che la violazione venga contestata all'emittente e che quest'ultima abbia la possibilità, entro 15 giorni, di presentare le proprie giustificazioni. Qualora l'AGCOM non le ritenga fondate, dovrà diffidare l'emittente a cessare il comportamento illegittimo entro ulteriori 15 giorni. Solo laddove la violazione persista sarà possibile adottare un'ordinanza-ingiunzione per applicare una sanzione amministrativa pecuniaria, riferita però a tutte le violazioni nel frattempo commesse.

Peraltro, se la legge stabilisce termini piuttosto ristretti all'attività dell'emittente (tenuta a giustificare il proprio comportamento), la stessa non definisce alcun termine a carico dell'Autorità per la conclusione del procedimento, rischiando di renderne indefinita la durata. Il Regolamento sulle procedure sanzionatorie approvato dall'AGCOM<sup>13</sup> interviene in proposito ma prevede, agli artt. 5 e 6, termini molto lunghi per quanto riguarda lo svolgimento del procedimento: dall'accertamento formale della violazione possono decorrere fino a 3 mesi per l'adozione dell'atto di contestazione e dalla notifica di quest'ultimo possono decorrere fino a 5 mesi per l'adozione dell'atto finale del procedimento (la diffida), termine prorogabile fino a ulteriori 2 mesi in caso di necessità di approfondimenti istruttori. A ciò vanno aggiunti i tempi necessari per il successivo accertamento della eventuale violazione della diffida e per l'adozione del provvedimento sanzionatorio vero e proprio (ordinanza-ingiunzione). In pratica, dalla violazione alla sanzione possono decorrere anni, come dimostra, per esempio, l'ordinanza-ingiunzione n. 68/06/CSP in tema di interruzione dei film con il sistema "matrioska" prima citato, adottata dall'Autorità il 29 marzo 2006 all'esito di un procedimento iniziato il 17 marzo 2005, rispetto a violazioni risalenti addirittura al novembre 2004.

Alla lunghezza dei termini si aggiunge l'esiguità delle sanzioni applicabili, peraltro mai aggiornate dal 1990: da un minimo di 5.164,57 euro a un massimo di 51.645,69 euro, spettando all'Autorità il compito di definirne l'ammontare all'interno del *range* previsto dalla legge. Per esempio, nel caso della delibera n. 68/06/CSP ora citata, a fronte di reiterate violazioni della disposizione di legge che limita l'interruzione dei film con pubblicità, l'Autorità ha adottato una sanzione di circa 35.000,00 euro, assolutamente risibile rispetto al "valore" economico delle violazioni accertate. Va da sé che tutte le violazioni comprese nel lasso di tempo che va dall'accertamento alla diffida vengono ricomprese in un unico procedimento, mentre solo di recente l'AGCOM si è determinata ad applicare un sistema di cumulo materiale delle sanzioni rispetto a tutte le violazioni accertate dopo la diffida (v. Delibera n. 196/06/CSP)<sup>14</sup>.

È pur vero che, a fronte di "casi di recidiva" nell'arco di un anno, l'art. 31, co. 5 della Legge n. 223 del 1990 prevedeva che l'Autorità potesse adottare

<sup>13</sup> Il testo aggiornato del Regolamento si trova nella Delibera n. 136/06/CONS.

<sup>14</sup> È il caso di segnalare che purtroppo l'AGCOM non ritiene di pubblicare sul suo sito web i provvedimenti di

diffida o sanzionatori adottati, se non in un Bollettino Ufficiale che, pur essendo "elettronico", è in ritardo di un anno e mezzo.

provvedimenti di indubbio valore deterrente, quali la sospensione dell'efficacia della concessione o dell'autorizzazione per un periodo da undici a trenta giorni e nei casi più gravi la proposta all'autorità competente (il Ministro delle Comunicazioni, in base al comma 13 dello stesso articolo) di revoca della concessione o dell'autorizzazione. Ma ciò, a oggi, non è mai avvenuto, non già per comportamenti virtuosi delle emittenti, quanto a causa di una discutibile interpretazione della nozione di recidiva amministrativa da parte dell'Autorità (in provvedimenti ufficiali: v. Delibera n. 35/05/CSP) come istituto identico a quello del diritto penale. Da ciò consegue che l'Autorità non si è ritenuta competente ad adottare provvedimenti di sospensione della concessione se non a condizione che il primo provvedimento sanzionatorio fosse divenuto definitivo, in quanto non impugnato o, se impugnato, in assenza di una definitiva pronuncia del giudice amministrativo. In tal modo si è consentito all'emittente sanzionata di allungare a dismisura i tempi, con l'impugnazione del provvedimento sanzionatorio dinanzi alla giurisdizione competente (Tar del Lazio) e fidando sui tempi lunghi della giustizia amministrativa senza ovviamente porre in essere alcun atto di sollecito della definizione della controversia, che l'emittente ricorrente non ha alcun interesse a definire.

In concreto, l'emittente preferisce pagare la sanzione, impugnare il provvedimento che la commina (senza chiederne la sospensione: non vi è alcun interesse, vista la risibilità della medesima) per scongiurare la "recidiva" e continuare senza rischi il comportamento illegittimo sino all'accertamento successivo. Si tratta di un sistema che, prima che giuridicamente, appare logicamente insostenibile. La norma che attribuisce all'Autorità il potere di sospensione dell'efficacia della concessione diviene nei fatti inapplicabile e, non a caso, di provvedimenti di sospensione non ne è stato adottato alcuno. L'equiparazione della nozione di "recidiva" di cui all'art. 31 della Legge n. 223 del 1990 all'omologo istituto del diritto penale (da cui la pretesa indispensabilità del "passaggio in giudicato") omette di considerare i principi elementari in materia di sanzioni amministrative di cui alla Legge n. 689 del 1981, pur richiamati dal medesimo art. 31, in particolare il carattere di definitività che il provvedimento amministrativo assume una volta adottato, salvo sospensione del medesimo a seguito di intervento dell'autorità giudiziaria.

In ogni caso, si tratta senza dubbio di un sistema di controllo e repressione delle violazioni delle norme in tema di pubblicità televisiva che non rispetta i requisiti di efficacia e dissuasività richiesti dall'art. 3, co. 2, della Direttiva TSF<sup>15</sup>. Dunque, una chiara violazione degli obblighi comunitari.

Il citato Testo Unico, all'art. 51 ha modificato il regime ora ricordato. Il termine "recidiva" è sostituito dal termine "reiterazione" (intervento non indispensabile, ma comunque utile a cancellare le pretese ambiguità del testo precedente), ma si prevede ora che in presenza, appunto, di una reiterazione

<sup>15</sup> «Gli Stati membri assicurano, con i mezzi appropriati, nell'ambito della loro legislazione, che le emittenti

televisive soggette alla loro giurisdizione rispettino effettivamente le disposizioni della presente direttiva».

nella violazione delle medesime disposizioni l'AGCOM abbia il potere, ma non sia obbligata, ad adottare un provvedimento di sospensione della concessione<sup>16</sup>.

Il regime sanzionatorio deve chiaramente essere modificato per diventare finalmente credibile, in quanto attualmente l'esiguità delle sanzioni applicabili e la circostanza per cui, a causa della necessità di adottare una previa diffida, tutte le violazioni operate in pendenza del procedimento sono colpite da un'unica sanzione hanno reso nei fatti conveniente per le emittenti televisive violare le norme in materia di pubblicità. Conformemente ai parametri comunitari e al principio di effettività, è necessario in primo luogo elevare l'ammontare delle sanzioni, per esempio utilizzando il principio, già applicato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di un minimo e massimo edittale in proporzione al fatturato dell'emittente. In secondo luogo, analogamente a quanto già stabilito in materia di tutela dei minori, andrebbe eliminata la fase della diffida, per cui la sanzione dovrà trovare applicazione rispetto a ogni singola violazione delle regole. In terzo luogo, deve essere esclusa la facoltà di ricorso al pagamento in misura ridotta e ripristinata la formulazione originaria (articolo 31 della Legge n. 223/90) della previsione in materia di revoca del titolo autorizzatorio: in caso di reiterazione nella violazione delle medesime disposizioni, la sospensione deve (e non "può") essere disposta. Va segnalato che sia l'aumento delle sanzioni, sia l'eliminazione della fase della diffida, sia infine l'esclusione della facoltà di ricorrere al pagamento in misura ridotta vengono oggi proposti nel D.d.L. Gentiloni, adottato dal Consiglio dei Ministri il 13 ottobre 2006 (cfr. art. 6 del Disegno di Legge, recante modifica dell'art. 51 del Testo Unico).

Infine, appare indispensabile un efficace sistema di controllo e monitoraggio, anche con il supporto del Comitato degli Utenti e delle associazioni dei consumatori. Queste ultime, in caso di segnalazione all'Autorità, a modifica della prassi attuale dovrebbero essere legittimate a partecipare formalmente ai procedimenti di accertamento e sanzione dell'operato delle emittenti.

<sup>16</sup> Va da sé che, anche in questo caso, trattandosi di un decreto legislativo adottato dal governo a fini di compilazione delle regole esistenti, un intervento del genere

sembra uscire dai confini propri della delega legislativa e, dunque, è viziato da illegittimità costituzionale.