
ALDO FRIGNANI

L'AFFOLLAMENTO PUBBLICITARIO

SCHEDE RIASSUNTIVE.

Il nuovo art. 38 del T.U. della Radiotelevisione (introdotto con il D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44)¹ meriterebbe molte considerazioni, generali e di dettaglio, che non è possibile fare nel breve spazio lasciato a questa relazione. Perciò mi limiterò ad alcuni cenni (naturalmente selezionati con un certo arbitrio)².

1. La direttiva prevedeva l'abolizione dell'affollamento giornaliero a favore di quello orario, in quanto aveva riconosciuto che « *la limitazione che esisteva della quantità di pubblicità televisiva giornaliera era in larga misura teorica* » (cons. 59), infatti in precedenza si concentrava la pubblicità nelle ore di maggior ascolto. La modifica ha dunque una giustificazione evidente, anche se il legislatore italiano ha mantenuto il 15% dell'orario giornaliero di programmazione per le emittenti in chiaro in ambito nazionale (private). Non abbiamo trovato una spiegazione rispetto al regime previsto per la RAI (dove è posto solo il limite del 4% dell'orario settimanale), benché sia lecito supporre che la diversa disciplina sia da ricondurre al regime di maggior favore per le private consistente nell'aver elevato il limite orario dal 12% al 18%.

2. La ragione della maggiore libertà per quanto concerne la quantità della pubblicità viene spiegata nel cons. 57 della Direttiva con queste parole: « *date le maggiori possibilità per gli spettatori*

* Relazione al Convegno *Il recepimento della direttiva « Servizi media audiovisivi » e il futuro delle televisioni digitali* svoltosi presso l'Università degli Studi di Roma Tre il 17 marzo 2010. Il testo del D.Lgs. 15 marzo 2010 n. 44 è pubblicato *infra* a p. 157.

¹ In GU del 29 marzo 2010

² Sull'affollamento nel vecchio art. 38 rimando alle pagine di VOTANO, *La pubbli-*

cità radiotelevisiva, in FRIGNANI, PODOGHE, ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi (Commento al T.U. della Radiotelevisione)*, Giuffrè, 2006, 413-419; sull'affollamento nella direttiva n. 65/07/CE dell'11 dicembre 2007 rimando a MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Giappichelli, Torino, 2009, 102 ss.

di evitare la pubblicità grazie al ricorso a nuove tecnologie quali i videoregistratori digitali personali ed all'aumento della scelta di canali, non si giustifica più il mantenimento di una normativa dettagliata in materia di inserimento di spots pubblicitari a tutela dei telespettatori». Nello stesso senso il cons. 59. Viene così smascherata la favola secondo la quale i limiti dettagliati sulla quantità della pubblicità erano dettati per non disturbare il telespettatore (era la filosofia, condivisa da molti negli anni '80, sottostante alla direttiva n. 89/552 sulla TV senza frontiere). Egli infatti con le nuove tecnologie e soprattutto con l'aumento del numero dei canali, fra i quali far cadere la sua scelta, può oggi facilmente evitare di essere esposto *senza volere* ad una pubblicità non gradita.

Svelata così la falsità della prima favola, se ne è mantenuta in vita un'altra che, pur non manifestamente dichiarata, fa ancora da sostrato alle perduranti limitazioni: si tratta cioè del « mito » secondo il quale la pubblicità televisiva sarebbe sottratta a quella che un tempo andava sulla carta stampata (mito di cui troviamo traccia anche in qualche pronuncia della Corte Costituzionale, che non si è mai data la pena di verificarne la credibilità). Di questa « proporzione inversa » non sono mai state prodotte evidenze economiche e invece i suoi sostenitori hanno trascurato almeno questi elementi:

a) ci sono messaggi pubblicitari che, per la natura dei loro contenuti e dei mezzi di espressione, non potranno mai andare indifferentemente sulla carta stampata o sulle televisioni;

b) gli stessi utenti pubblicitari (e le agenzie a cui si affidano), si servono contemporaneamente di una pluralità di mezzi per promuovere lo stesso bene o servizio;

c) la carta stampata o i mezzi audiovisivi sono scelti in base al numero dei contatti ed alla qualità degli stessi che il mezzo prescelto può raggiungere.

C'è infine un'altra ragione alla base di questa maggiore elasticità: presa coscienza dell'importanza delle emittenti private, si è reso necessario facilitare il loro « finanziamento » (cons.1), che avviene massimamente attraverso la pubblicità nelle sue varie forme.

3. Opportunamente vengono stabiliti dei limiti diversi tra le emittenti o i soggetti autorizzati *locali* rispetto a quelli che operano in ambito nazionale, anche se quando i soggetti autorizzati locali trasmettono « in contemporanea su almeno 12 bacini di utenza » sono equiparati alle emittenti che operano in ambito nazionale (comma 2).

4. L'allargamento della nozione di pubblicità nella nuova nozione di « comunicazione commerciale audiovisiva » (nuovo articolo 2 T.U., comma 1, *sub dd*), che comprende oltre alla pubblicità televisiva in senso proprio, la sponsorizzazione, la televendita e l'inserimento di prodotti, ha reso necessario includere nei limiti

di affollamento orario anche le televendite e le telepromozioni. Senonché non si poteva disperdere il patrimonio dell' *acquis communautaire* apportato dalla Corte di Giustizia per le forme di pubblicità diverse dagli spots pubblicitari e cioè quelle che sono « *more time consuming* ». Il pensiero corre ad una battaglia condotta dal sottoscritto assieme al prof. Mezzanotte ed all'Avv. Bonomo nella causa *R.T.I. ed altri c. Ministero Poste e Telecomunicazioni* conclusasi con sentenza 12 dicembre 1996³, nella quale la Corte aveva appunto escluso dal computo stretto del limite orario le forme di promozione che fossero *more time consuming* (per esse rimaneva solo il limite giornaliero)⁴. Per questo motivo, è ragionevole che, dopo aver incluso le televendite e le telepromozioni nel novero della pubblicità, se ne sia alzato il limite dal 18% al 20%.

5. Sono escluse dai limiti di affollamento sopra indicati gli annunci delle emittenti « relativi ai propri programmi e ai prodotti collaterali da questi direttamente derivati » (oltre agli annunci di sponsorizzazione, agli inserimenti di prodotti, agli annunci di utilità sociale, a quelli relativi a libri ed opere cinematografiche) (commi 6 e 12).

È un vero peccato che nell'articolo sesquipedale dedicato alle definizioni non ci sia menzione dei « prodotti collaterali ». Mi sia consentito in proposito ricordare un'altra battaglia condotta davanti ai giudici italiani con riferimento al programma televisivo « Controcampo » ed al relativo settimanale dallo stesso titolo. Ricorderete tutti che nell'ambito di telecronache di partite di calcio degli inizi degli anni 2000 il telecronista (Piccinini) ogni tanto diceva che gli approfondimenti di una certa azione di gioco o di una certa decisione arbitrale, il telespettatore avrebbe potuto trovarli o nel successivo programma TV di approfondimento chiamato « Controcampo » oppure nel settimanale dallo stesso titolo e diretto dallo stesso telecronista, in vendita in edicola. Ci furono alcuni telespettatori che montarono il caso e si rivolsero al Giudice di Pace di Napoli lamentando che tali comunicazioni violavano le norme sull'inserimento di pubblicità durante le partite e che avevano loro provocato un danno da shock. La convenuta, quanto alla prima lamentela, si difese invocando l'eccezione del « prodotto collaterale » (che non poteva essere considerato « pubblicità » in senso stretto, che ha ad oggetto prodotti di terzi), eccezione che però fu respinta da un Giudice di Pace⁵.

³ Corte di Giustizia, sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-320/94 ed altre, in *Raccolta*, 1996, I, 6471.

⁴ Più restrittivi invece i pareri del Consiglio di Stato, sez. II, n. 2418/2001, del 16 gennaio 2002 e del 10 luglio 2002

che sottoponeva le telepromozioni non solo al limite giornaliero ma anche a quello orario.

⁵ Il caso finì poi in Cassazione: sent. 17 giugno 2008, n. 21934/2008, *RTI c. Chiozzi Vincenzo*

6. Intuitiva ci sembra poi la giustificazione della norma del comma 11 sulla nullità e inefficacia delle clausole nei contratti di pubblicità che impongono di trasmettere programmi diversi o aggiuntivi rispetto ai messaggi pubblicitari: con essa si impedisce infatti che l'operatore pubblicitario condizioni o determini in alcun modo il contenuto dei programmi stessi.

7. Per le emittenti a pagamento il comma 5 fissa un limite di affollamento più basso in modo decrescente nel tempo e cioè 16% nel 2010, 14% nel 2011 e 12% nel 2012 e seguenti. La norma (che era stata invocata sia dagli editori della carta stampata che dalle emittenti più piccole) è stata aspramente criticata dalle emittenti a pagamento ed in particolare da Sky Italia e da Fox⁶. Ebbene la giustificazione della norma più restrittiva si trova sia sotto un profilo contrattuale che sotto quello della concorrenza.

Quanto al primo, chi paga per vedere un programma o una serie di programmi omogenei (siano essi eventi sportivi che politici che programmi musicali, che film e così via) non è disponibile ad accettare inserzioni o interruzioni pubblicitarie, né tale accettazione gli viene richiesta anticipatamente dall'emittente⁷. Chi invece vuole accontentarsi delle TV generaliste in chiaro (soprattutto quelle private che non godono del canone) sa benissimo ed accetta, seppure implicitamente, che il corrispettivo da pagare lo paga in termini di accettazione della pubblicità, senza della quale la TV generalista privata non esisterebbe. D'altro canto se la pubblicità lo disturba non ha che da fare lo *zapping*, che non gli costa alcunché perché la ricezione è gratuita.

Sotto il profilo della concorrenza, si devono esaminare i rapporti tra le diverse emittenti. Ricordiamo qui che in più punti della direttiva viene sottolineato il fine di evitare « distorsioni alla concorrenza » (cons. 1, 2, 6) e quello della « parità di trattamento » (cons. 6). Orbene, se il legislatore consentisse che le pay tv, oltre che sul pagamento (o abbonamento) potessero liberamente contare anche sulla pubblicità (che ovviamente farebbero pagare ad un prezzo inferiore a quello di mercato, perché esse, a differenza delle emittenti in chiaro, con gli abbonamenti hanno già recuperato i loro costi), ciò avrebbe come conseguenza una « distorsione della concorrenza ». In più non è che il legislatore abbia totalmente negato alla pay tv la possibilità di raccolta pubblicitaria, ma si è limitato a fissare dei limiti di affollamento più bassi. Senza contare poi il fatto che le statistiche dicono che i ri-

⁶ Vedi *Sole-24 Ore* dell'11 marzo 2010.

⁷ Oltre a non sapere quanta e di quale natura sarebbe la pubblicità che lo stesso si va a sorbire (la preoccupazione fu espressa

dall'avv. gen. Jacobs nelle sue conclusioni nel caso *RTL v. Niedersächsische Rundfunk*, come ricordato da ROBERTI e ZENOVICH nella relazione introduttiva a questo Convegno).

cavi delle pay tv negli ultimi anni hanno un tasso di crescita superiore a quello delle televisioni generaliste in chiaro⁸.

Quanto poi alla lamentela che il diverso limite di affollamento previsto dalle pay tv le discrimina rispetto alle emittenti generaliste in chiaro, è la stessa modalità di finanziamento delle une e delle altre che dimostra, senza possibilità di serie contestazioni, che non si tratta di situazioni di partenza uguali, onde manca un presupposto della discriminazione.

Come giustamente scrive Votano⁹ far leva sugli affollamenti pubblicitari costituisce un intervento in qualche modo « redistributivo » di risorse che non sono infinite e perciò ha un diretto impatto concorrenziale.

8. Sia consentito un rilievo finale che esula dallo stretto ambito dell'*affollamento*, ma che impinge nella prospettiva della concorrenza. Il nuovo articolo 32.2 del T.U. detta una norma (peraltro un po' complicata e comunque affidandone all'AGCOM l'attuazione) relativa al posizionamento dei singoli operatori sul telecomando. È a tutti noto che l'obiettivo da raggiungere è quello della « semplicità d'uso del sistema di ordinamento automatico dei canali »; è a tutti noto altresì che gli utenti hanno abitudini e preferenze; è noto infine che per ragioni tecniche nei telecomandi ci sono i tasti da 1 a 9 più un tasto 0. Orbene, se si tiene conto che per tradizione i canali Rai vanno da 1 a 3 e quelli RTI da 4 a 6, per tutti gli altri non rimarrebbero sul telecomando che i numeri 7, 8 e 9 più lo 0: ne deriva che l'essere un canale raggiungibile mediante uno dei numeri che appaiono sul telecomando è un vantaggio enorme per l'emittente rispetto a quelle invece il cui canale è raggiungibile solo da una combinazione di numeri. Per non parlare poi delle pagine dei giornali che anch'essi, avendo uno spazio limitato, non possono che dare priorità ad alcuni fra i molteplici canali. Questo problema è stato oggetto di una vivace discussione tra il sottoscritto ed il prof. Vanzetti davanti al Tribunale di Roma nel caso *Italia 7 Gold/La 7*, quando la prima, invocando un diritto di preuso sul numero 7 (che aveva quei vantaggi concorrenziali sulla numerazione automatica del telecomando che abbiamo sopra visto) cercava di impedire a *La 7* (nuova denominazione di un canale di proprietà di Cecchi Gori finito sotto il controllo del Gruppo Telecom) di appropriarsene proprio perché avrebbe conquistato una posizione di privilegio sul telecomando. Il Giudice con sentenza 15 giugno 2001 non accolse l'argomento creando così un danno irreparabile per *Italia 7 Gold*¹⁰.

⁸ *Il Sole-24 Ore* 2 marzo 2010, che riporta i risultati di una ricerca su « Il nuovo mercato degli audiovisivi di rete » condotta da e-Media Institute e DLA Piper.

⁹ *Op. cit.*, pp. 418.

¹⁰ Trib. Roma (est. Joffrida) ord. 22 giugno 2001, *Italia 7 Gold c. TV Internazionale*, in *GADI*, 2002, n. 4355.

Speriamo che l'*apposito piano di numerazione automatica dei canali*, che l'AGCOM dovrà predisporre tenga veramente conto dei « principi e criteri direttivi in ordine di priorità » stabiliti dal legislatore perché la leale concorrenza ne uscirebbe rafforzata.