

La disciplina pubblicitaria secondo il decreto Romani

di Paolo Ermano e Alessandro Viotto

1. Premessa

La disciplina comunitaria sull'attività televisiva, risalente all'1989,¹ è stata, nel 2007,² modificata con una nuova direttiva volta a regolare il quadro normativo alla luce dei cambiamenti che le nuove tecnologie hanno apportato nei modi in cui il servizio è offerto e fruito: la tv digitale terrestre, le tv satellitari ma soprattutto internet pongono problematiche che si incentrano sia nella definizione del concetto di "attività televisiva" sia nella tutela degli spettatori e dei produttori di servizi di settore.

Partendo dalla considerazione che "i servizi di media audiovisivi sono nel contempo servizi culturali ed economici" si arriva ad affermare all'interno direttiva CE in discorso che "l'importanza crescente che rivestono per la società, la democrazia, dell'istruzione e della cultura giustifica l'applicazione di norme specifiche a tali servizi" (terzo considerando); tali affermazioni di principio manifestano chiaramente l'interesse e l'importanza di disciplinare una materia così delicata in modo corretto ma, soprattutto, in modo non solo strettamente settoriale.

La su citata direttiva viene recepita dal nostro ordinamento attraverso il decreto legislativo (n. 169/2009), detto "decreto Romani", emanato il 18 dicembre 2009 e recentissimamente approvato in sede competente. Questo decreto è volto ad armonizzare il Testo Unico della Radiotelevisione (D.Leg. 31/07/2005, n. 177), varato a seguito della Legge 112/2004 ("legge Gasparri"), rispetto alla direttiva europea appena menzionata.

Eppure, il combinato disposto risultante dall'unione delle linee guida espresse della direttiva e dalle regole contenute nel decreto Romani presenta diversi aspetti problematici, tanto che il parere approvato dalle Commissioni Riunite (la VII e la IX), ha proposto sostanziali modifiche di alcuni punti del decreto stesso.

Paolo Ermano ha conseguito il Dottorato in Economia delle Istituzioni a Torino. Attualmente è assegnista di ricerca presso l'Università di Udine e docente di Macroeconomia nella stessa. Si occupa prevalentemente di problemi relativi alla relazione fra crescita economica e istituzioni democratiche.

Alessandro Viotto si è laureato in Giurisprudenza e ha frequentato un Master in diritto della concorrenza all'interno del contesto comunitario. Oltre alla professione forense collabora con diversi professori ed è consulente presso alcuni gruppi di società.

¹ Direttiva del Consiglio del 3 ottobre 1989 relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive; numero 89/552/CEE; in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. L 298 del 17/10/1989;

² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive; numero 2007/65/CE; in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. L 332 del 18/12/2007;

2. Vecchia e nuova disciplina

Partendo dall'importante assunto per cui il settore delle telecomunicazioni è, adesso più che mai, una porzione particolarmente redditizia dal punto di vista del mercato (ma anche un settore idoneo a realizzare dei diritti di rilevanza costituzionale³) pare opportuno sottolineare sin da subito che il decreto Romani non risulta essere strutturato in modo tale da favorire né la realizzazione di un mercato concorrenziale né la promozione di quegli scopi citati di sovente all'interno della normativa europea di settore.

La realizzazione di un servizio di qualità, che vede al suo interno una pluralità ben nutrita di *players*, è essenziale non solo all'attuazione di un mercato virtuoso ma anche alla piena formazione culturale e democratica di un Paese.

In particolare, perché si intende qui solo valutare l'impatto del decreto sulla regolamentazione del mercato riferito alla pubblicità, si porrà in essere una breve comparazione tra la nuova norma e quella vecchia che regolamentava il mercato della pubblicità all'interno della programmazione radio televisiva. Per completezza è opportuno segnalare che la norma in parola non presta il fianco solo a delle critiche in tema di regolamentazione degli spazi pubblicitari. Anche sul versante di internet e su quello del commercio elettronico gli studiosi hanno sollevato alcune perplessità.⁴

Nella passata regolamentazione venivano stabiliti, all'interno dell'articolo 38, i limiti di affollamento per le trasmissioni dei messaggi pubblicitari. In sede di emanazione, il legislatore, aveva operato la scelta di porre essere una differenziazione tra i soggetti autorizzati a diffondere i contenuti radiotelevisivi sul territorio nazionale. I macro gruppi individuati dalla legge potevano essere così classificati: i concessionari del servizio pubblico generale (ovvero la Rai), le emittenti e i fornitori di contenuti televisivi in ambito nazionale (es: Mediaset, Telecom Italia Media), le emittenti radiofoniche diverse della concessione del servizio pubblico generale radiotelevisivo e quelle che operavano in ambito locale.

In base al gruppo di appartenenza venivano stabiliti i seguenti limiti: per la Rai un tetto del 4% dell'orario di programmazione settimanale e del 12% orario, concedendo che un'eventuale eccedenza oraria, non superiore al 2%, doveva essere recuperata nell'ora antecedente o successiva. Una struttura simile era prevista per i limiti che colpivano le emittenti a diffusione nazionale: un tetto del 15% sull'orario di programmazione giornaliero e un tetto orario del 18%, sfiorabile di un altro 2% purché recuperato nell'ora antecedente o successiva: il tetto orario del 15% poteva raggiungere il 20% qualora venissero utilizzate anche forme di pubblicità diverse dai normali spot televisivi, come ad esempio le televendite. Un tale assetto era, in linea di massima, parzialmente condivisibile se non altro perché poneva su piani diversi soggetti che operavano su mercati diversi: il servizio pubblico generale (la Rai), avendo finalità particolari sancite dalla legge ed essendo parzialmente finanziato attraverso il canone, veniva disciplinato in modo da non poter concorrere sul mercato pubblicitario con le altre televisioni (così da

³ Tali diritti, anche se non in modo esplicito, trovano collocamento nell'articolo 21 della Costituzione Italiana. La giurisprudenza comunitaria (Corte Europea di Strasburgo, caso *Lingens*, 8 luglio 1986; Corte Europea di Strasburgo, caso *Oberschick*, 1 luglio 1997) ha affermato in più occasioni che la libertà di essere informati è una delle condizioni di base per il progresso della società democratica e per lo sviluppo, sociale e culturale, di ciascun individuo. Pare a chi scrive, allora, che una tale condizione sia attuabile anche mediante un uso corretto dei mezzi di informazione quali, nello specifico quelli radio televisivi;

⁴ Si veda, a puro titolo esemplificativo, il lavoro rintracciabile (e scaricabile) all'indirizzo internet: http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_83_Televisione.pdf.

scongiurare ogni abuso derivato dalla sua posizione privilegiata⁵); le emittenti nazionali, indipendentemente dalle modalità di trasmissione, venivano equiparate fra loro rispetto ai limiti massimi di affollamento pubblicitario. Appariva allora evidente che un tale assetto era volto a garantire, a tutti i *players*, le stesse possibilità di finanziamento lasciando, in oltre, libertà d'azione circa le modalità di fornitura del servizio.

Con la regolamentazione del decreto Romani questo meccanismo viene, di fatto, eliminato. Esso impone una particolare distorsione al fine di vincolare l'attività di quelle emittenti che hanno deciso di investire e, conseguentemente di trasmettere, attraverso il sistema digitale satellitare. Nella prima parte del già citato art. 12 viene riproposta la stessa disciplina dell'art. 38 del Testo Unico con riferimento alle concessionarie del servizio pubblico generale (primo comma) e delle emittenti in chiaro, anche analogiche; il secondo comma con riferimento alle emittenti diverse dalla concessionaria del servizio pubblico, e operanti in ambito nazionale, conferma i limiti vigenti per i messaggi pubblicitari: 15% dell'orario giornaliero di programmazione, e 18 % per ogni ora; anche in questo caso, l'eventuale eccedenza, entro il limite del 2 %, va recuperata nell'ora successiva o antecedente. Gli stessi limiti si applicano anche ai soggetti autorizzati a trasmettere –ai sensi dell'art. 29 del testo unico– in contemporanea su almeno 12 bacini di utenza.

Fin da subito emerge una differenza: qui non si parla più di emittenti a carattere nazionale, ma di emittenti in chiaro a carattere nazionali, discriminando quindi fra servizio televisivo fornito da emittenti private a pagamento e non a pagamento.

A maggior riprova di ciò, nel quinto comma si disciplinano le televisioni a pagamento, analogiche e digitali: già a partire dal 2010 il limite massimo orario di affollamento pubblicitario non può superare il 16%, quindi il 2% in meno e non derogabile per un altro 2% da recupera prima o dopo come per le tv in chiaro, per poi passare, nel 2011, al 14% e stabilizzarsi, a decorrere del 2012, al 12%, quindi un 6% in meno delle tv in chiaro.

3. Conseguenze

Il primo dato fattuale che emerge vagliando i nuovi limiti di affollamento pubblicitario previsti dal decreto Romani è la forte somiglianza fra i vincoli imposti alla Rai, che ricordiamo essere concessionaria di un servizio pubblico generale, e le altre tv a pagamento con carattere nazionale. Tale impostazione sembra equiparare la tassa annuale da versare a finanziamento del servizio pubblico a qualunque abbonamento mensile per le partite di calcio o i film in prima visione: sostanzialmente, il principio seguito dal regolatore richiama l'idea che qualora un utente paghi già per un servizio, non vi sia motivo per doverlo lasciare in balia ad estenuanti pause pubblicitarie. Ma se questo è comprensibile per il ruolo peculiare svolto dalla Rai, indubbiamente mal si concilia con il mercato riferito alle emittenti private.

E pare che sia proprio questo il terreno su cui si gioca la partita della concorrenza. Infatti, se un'emittente a pagamento riempie (sempre entro i limiti previsti dalla legge) i suoi programmi di pubblicità, l'utente avrà comunque la possibilità di cambiare canale o, eventualmente, di disdire l'abbonamento e acquistare il servizio da un'altra emittente: il meccanismo competitivo così delineato porterebbe, probabilmente, ad avere un affollamento pubblicitario ben al di sotto dei limiti di legge, qualora il mercato potesse operare senza restrizione. In fondo, quello che conta per un imprenditore del settore televisivo non sono necessariamente l'ammontare delle pause pubblicitarie permesse,

⁵ Ci si riferisce al meccanismo volto a scongiurare la nota pratica dell'abuso di posizione dominante. Tale comportamento, infatti, rientra a pieno titolo nella tipologia delle condotte anticoncorrenziali, vietate oltre che direttamente dal Trattato istitutivo della CE, anche dalla legge n. 287/1990.

ma il numero di utenze che, in una determinata fascia oraria, si sintonizzano sui canali televisivi.

Invece, l'imposizione data in forma di legge di precisi limiti non solo costituisce una barriera all'entrata per futuri concorrenti nelle attività televisive, che dovranno sempre più trovare finanziamento principalmente attraverso i canoni di servizio, ma impone anche un vincolo forte alla programmazione televisiva: trasmissioni dal forte appeal e dagli alti costi non potranno più trovare, nelle televisioni a pagamento, uno spazio adeguato qualora l'emittente non riesca a coprire i costi attraverso i ricavi derivanti dagli abbonamenti o, in alternativa, discriminando sulla qualità degli altri programmi fornite da un determinato canale.

Si potrebbe obiettare che il sistema precedente finiva per avvantaggiare le emittenti a pagamento che potevano sfruttare due canali di finanziamento spostando, di volta in volta, il peso dei due strumenti a piacimento discriminando così le scelte in maniera più razionale rispetto alle emittenti in chiaro.

Questa critica non trova riscontro nella libertà dell'utente di pagare per i servizi a lui preferiti: un'emittente a pagamento che fosse riempita di spot televisivi et similia avrebbe uno scarso interesse per l'utente medio che quindi disdirebbe l'abbonamento sottoscritto, ritornando a servirsi delle televisioni in chiaro o da altri fornitori di programmi televisivi a pagamento.

Infine, la norma così come prevista dal decreto Romani si scontra palesemente con i principi generali della direttiva europea rispetto a due considerazioni sancite nella stessa.

Primo: il considerando 59 e 57 fanno esplicito richiamo alla direttiva precedente (89/552/CEE) in connessione ai limiti d'affollamento sottolineando un limite massimo posto al 20%. Tale assunto è mediato però dalla condizione per cui, proprio in virtù della maggior scelta offerta al telespettatore dovuta ai nuovi mezzi di telecomunicazione, non sono più giustificati i regimi particolari precedentemente previsti dalle normative nazionali.

Secondo: il considerando numero 6 richiede che per rispettare la trasparenza e ridurre le barriere all'entrata "dovrebbero essere rispettati i principi fondamentali del mercato interno, come la libera concorrenza e la parità di trattamento".

Entrambi i principi su citati sembrano proprio non trovare attuazione nella norma che, recependoli, li dovrebbe amplificare nel nostro ordinamento.

4. Conclusioni

Il punto cruciale su cui porre in essere una riflessione rispetto al decreto Romani è il seguente: la scelta di una certa forma di organizzazione aziendale, con particolare riferimento al metodo di finanziamento, può essere una discriminante per il legislatore qualora non violi la libertà di mercato? In particolare, è giusto intervenire in maniera così specifica all'interno dell'ambito della programmazione televisiva di un'emittente nazionale senza pregiudicare la qualità della libera concorrenza nel mercato riferito all'attività televisiva?

Il quesito posto diventa ancora più pregnante quando si considera che la pubblicità può essere parte integrante delle scelte di programmazione: basti pensare che esistono canali, anche in Italia, nei quali vengono trasmessi spot, televendite e/o telepromozione durante tutto l'intero orario giornaliero di programmazione come scelta editoriale dell'emittente stessa.

IBL Focus

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.