

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE un articolato quesito sul divieto di affollamento pubblicitario e sui suoi limiti applicativi.

Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 25 marzo 2021, n. 2504 – Pres. Montedoro, Rel. Russo

Unione europea – Comunicazioni elettroniche – Divieto di affollamento pubblicitario – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Deve essere sottoposto alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

a) se, ai fini della disciplina comunitaria del divieto di affollamento pubblicitario, stante la generale rilevanza per il diritto eurounitario della nozione di gruppo o di unica entità economica, ricavabile da molteplici fonti del diritto antitrust (ma, per quanto qui interessa, dal ricordato considerando n. 43 della direttiva n. 2018/1808 UE e dal nuovo testo dell'art. 23 della direttiva 2010/13 CE), ferma l'esistente differenza nel diritto nazionale italiano di titoli abilitativi che l'art. 5, comma 1, lett. b) del D.lgs. 177/2015 tra le emittenti televisive e radiofoniche, possa essere adottata come comunitariamente conforme un'interpretazione del diritto nazionale sulla radiotelevisione che deduca dall'art. 1, comma 1, lett. a) del medesimo D.lgs. 177/2015, come modificato nel testo vigente dal 30 marzo 2010 (in attuazione della direttiva n. 2007/65/CE), che il processo di convergenza fra le diverse forme di comunicazioni (le comunicazioni elettroniche, l'editoria, anche elettronica ed internet in tutte le sue applicazioni), valga a più forte ragione tra i fornitori di media televisivi e radiofonici, specialmente se già integrati in gruppi di imprese tra loro collegate e si imponga con valenza generale, con i conseguenti riflessi in tema di interpretazione dell'art. 38 comma 6 del testo unico citato tale che l'emittente possa essere anche il gruppo come unica entità economica o se invece, secondo i ricordati principi comunitari, stante l'autonomia della materia del divieto di affollamento pubblicitario dal generale diritto antitrust, sia inibito dare rilevanza –prima del 2018– ai gruppi e al predetto processo di convergenza e di c.d. cross-medialità considerandosi allora, ai fini del calcolo dell'indice di affollamento pubblicitario, solo la singola emittente pure se collegata in gruppo (e ciò perché tal rilevanza è stata menzionata solo nel testo consolidato dell'art. 23 della direttiva 2010/13 CE, formatosi a seguito della direttiva 2018/1808 UE);

b) se, alla luce dei ricordati principi del diritto dell'UE in tema di gruppi ed impresa come unità economica, ai fini del divieto di affollamento pubblicitario e del ricordato succedersi dei testi dell'art. 23 citato, ferma la predetta differenza tra i titoli abilitativi, sia possibile dedurre anche dalla normativa anticoncorrenziale del SIC, di cui all'art. 43 del D.lgs. 177/2015, la rilevanza del concetto di «fornitore di servizi di media» di gruppo (o secondo il lessico dell'appellante: impresa editoriale di gruppo) ai fini dell'esenzione dei messaggi di promozione cross-mediali infragruppo dai limiti di affollamento di cui all'art. 38, comma 6 del D.lgs. n. 177 stesso o se invece tal rilevanza debba

escludersi prima del 2018 stante l'autonomia del diritto televisivo antitrust rispetto alla disciplina dei limiti all'affollamento pubblicitario ;

c) se il nuovo testo dell'art. 23, § 2, lett. a) della direttiva n. 2010/13/UE sia ricognitivo di un principio preesistente nel diritto antitrust di generale rilevanza dei gruppi oppure sia innovativo e se, quindi, nel primo caso descriva una realtà giuridica già immanente nel diritto europeo –tale, quindi da coprire anche il caso in esame, antecedente detto nuovo testo, e da condizionare le interpretazioni dell'ANR imponendole comunque di riconoscere il concetto di «fornitore di servizi di media» di gruppo–, oppure se, nel secondo caso, osti a riconoscere la rilevanza dei gruppi societari per i casi formati prima della sua introduzione perché inapplicabile *ratione temporis*, stante la sua portata innovativa a *fattispecie* verificatesi prima della sua introduzione;

d) se, comunque e al di là del sistema dei titoli autorizzativi posto dall'art. 5 del D.lgs. 177/2005 e della novità dell'art. 23 introdotta nel 2018, ossia nel caso che la nuova norma non abbia significato ricognitivo ma innovativo secondo quanto chiesto sub c), i rapporti integrazione televisione – radiofonia considerati in via generale nel diritto antitrust siano, per la generalità e trasversalità delle nozioni di entità economica e di gruppo, la chiave alla luce della quale interpretare i limiti all'affollamento pubblicitario, regolati quindi comunque con implicito riguardo all'impresa di gruppo (o, più precisamente, delle correlazioni di controllo tra le imprese di gruppo) ed all'unità funzionale di dette imprese, affinché la promozione dei programmi da televisione a radiofonia infragruppo o viceversa se detti rapporti di integrazione siano irrilevanti nel campo dei limiti all'affollamento pubblicitario e quindi si debba ritenere che i programmi “propri” di cui all'art. 23 (testo originario), sono tali in quanto appartenenti alla sola emittente che li promuove, e non al gruppo societario nel suo insieme in quanto detta norma è una disposizione a sé stante che non consente alcuna interpretazione sistematica che la estenda ai gruppi intesi come unica entità economica;

e) se, infine, l'art. 23, nel suo testo originario, ove anche non dovesse essere interpretabile come norma da leggersi sullo sfondo del diritto antitrust, vada intesa comunque come disposizione incentivante che descrive la peculiare caratteristica della promozione, che è esclusivamente informativa e non intende convincere alcuno ad acquistare beni e servizi altri rispetto ai programmi promossi e, come tale, debba intendersi esclusa dal campo di applicazione delle norme sull'affollamento, perciò applicabile, nei limiti di imprese appartenenti al medesimo gruppo, in ogni caso di promozione cross-mediale integrata ovvero se si debba intendere come una norma di carattere derogatorio ed eccezionale rispetto al calcolo dell'affollamento pubblicitario e, come tale, di stretta interpretazione (1).

(1) I. – Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia l'articolato quesito di cui in massima diretto a delimitare la nozione di affollamento pubblicitario e i relativi presupposti applicativi.

II. – Il collegio, dopo aver ricostruito la vicenda processuale e fattuale sottesa e analizzato le argomentazioni delle parti, ha osservato quanto segue:

- a) in base al *Considerando* n. 43 della direttiva n. 2010/13/UE come modificata dalla direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, *“Il tempo di trasmissione dedicato agli annunci effettuati dall'emittente in relazione ai propri programmi e ai prodotti collaterali da questi direttamente derivati ovvero ad annunci di servizio pubblico e appelli a scopo di beneficenza trasmessi gratuitamente, ad eccezione dei costi sostenuti per la trasmissione di questi ultimi, non dovrebbe essere incluso nel tempo di trasmissione massimo concesso per la pubblicità televisiva e la televendita. Inoltre numerose emittenti fanno parte di grandi gruppi di emittenti e trasmettono annunci che riguardano non soltanto i propri programmi e i prodotti collaterali direttamente derivati da tali programmi, ma anche i programmi e i servizi di media audiovisivi di altre entità appartenenti allo stesso gruppo di emittenti. Neanche il tempo di trasmissione dedicato a tali annunci dovrebbe essere incluso nella durata massima del tempo di trasmissione che può essere concesso per la pubblicità televisiva e la televendita”*;
- b) anche il nuovo testo dell'art. 23, § 2, lett. a), della direttiva 2010/13/UE prevede che i limiti di affollamento pubblicitario non si applicano agli annunci effettuati dall'emittente in relazione ai propri programmi e ai prodotti collaterali da questi direttamente derivati ovvero in relazione a programmi e servizi di media audiovisivi di altre entità appartenenti al medesimo gruppo di emittenti;
- c) secondo la ricostruzione difensiva le disposizioni in esame dovrebbero fungere da parametro interpretativo anche in relazione al diritto interno previgente, in base al principio dell'interpretazione conforme, in quanto prendono atto del fenomeno del gruppo di imprese, esistente al tempo in cui ha iniziato il procedimento sanzionatorio verso l'appellante stessa;
 - c1) le grandi imprese editoriali sono ormai, di norma, esercitate nella forma del gruppo di società, ove all'unità del soggetto economico-editoriale corrisponde l'articolazione formale in una pluralità di soggetti societari;
 - c2) l'appellante contesta la soluzione che nega rilevanza all'impresa editoriale di gruppo e, quindi, alla possibilità di esentare dall'affollamento pubblicitario i messaggi promozionali *cross-mediali* e/o *cross-piattaforme* verso altre imprese del gruppo;
- d) a tale proposito, secondo il collegio, anche ai fini della rilevanza della questione da sottoporre alla Corte di giustizia UE:
 - d1) non è rilevante l'argomento della omessa dimostrazione di una capacità di effettivo intervento della controllante sulle scelte economiche dell'impresa beneficiaria del messaggio promozionale sanzionato, in quanto, nel caso di

specie, si controverte non dell'esercizio del controllo infragruppo, ma della liceità, o meno, della promozione, da parte dell'emittente audiovisiva controllante a favore dei programmi dell'emittente radiofonica controllata che ne ha goduto e non si è opposta;

- d2) in secondo luogo, un tale approccio, sistematico ma *cross-mediale*, può andare oltre l'intento del legislatore nazionale nell'attuazione della direttiva 2010/13/UE o, addirittura, creare questioni anticoncorrenziali a scapito delle emittenti solo radiofoniche, ma tale evenienza non è priva di tutela, poiché a ciò provvede l'art. 5, comma 1, lett. a), d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, nel quadro del sistema integrato delle comunicazioni-SIC;
- d3) occorre pertanto interpretare il diritto euro unitario, al fine di verificare la compatibilità del diritto interno con esso e, dunque, la possibilità di farne applicazione al caso di specie;
- e) fermo restando che i fatti di causa sono tutti anteriori alla modifica della direttiva n. 2010/13/UE e premessa la polisemia delle disposizioni interne appare necessario proporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, in considerazione:
 - e1) del monopolio interpretativo del diritto euro-unitario che i Trattati assegnano alla Corte stessa;
 - e2) della natura di giudice di ultima istanza rivestita dal Consiglio di Stato;
 - e3) della rilevanza sistematica che la questione interpretativa investe, anche per gli aspetti, direttamente implicati, circa la rilevanza dell'impresa editoriale di gruppo, sull'evoluzione della normativa eurounitaria in tale materia e sulla concreta incidenza della causa sul mercato della raccolta pubblicitario col mezzo radiofonico;
- f) nel caso di specie si fa questione dell'applicazione dell'art. 38, comma 2°(che prevede un tetto all'affollamento pubblicitario), e comma 6 (che prevede la possibilità di aumentare tale tetto in presenza di attività di autopromozione), del testo unico della radiotelevisione, d.lgs. n. 177 del 2005, ai sensi dei quali:
 - f1) *"2. La trasmissione di spot pubblicitari televisivi da parte delle emittenti in chiaro, anche analogiche, in ambito nazionale, diverse dalla concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo, non può eccedere il 15 per cento dell'orario giornaliero di programmazione ed il 18 per cento di una determinata e distinta ora d'orologio; un'eventuale eccedenza, comunque non superiore al 2 per cento nel corso dell'ora, deve essere recuperata nell'ora antecedente o successiva. Un identico limite è fissato per i soggetti autorizzati, ai sensi dell'articolo 29, a trasmettere in contemporanea su almeno dodici bacini di utenza, con riferimento al tempo di programmazione in contemporanea"*;

- f2) *“6. Le disposizioni di cui ai commi da 2 a 5 non si applicano agli annunci delle emittenti, anche analogiche, relativi ai propri programmi e ai prodotti collaterali da questi direttamente derivati, agli annunci di sponsorizzazione e agli inserimenti di prodotti”;*
- g) il diritto eurounitario prevede:
- g1) all’art. 23 della citata direttiva 2010/13/CE nella sua originaria formulazione che: *“1. La percentuale di spot televisivi pubblicitari e di spot di televendita in una determinata ora d’orologio non deve superare il 20 %. 2. Il paragrafo 1 non si applica agli annunci dell’emittente relativi ai propri programmi e ai prodotti collaterali da questi direttamente derivati, agli annunci di sponsorizzazione e agli inserimenti di prodotti”;*
- g2) all’art. 23, in seguito alla direttiva n. 2018/1808/UE, che *“La percentuale di spot televisivi pubblicitari e di spot di televendita nella fascia oraria compresa fra le ore 06.00 e le ore 18.00 non supera il 20 % di tale fascia oraria. La percentuale di spot televisivi pubblicitari e di spot di televendita nella fascia oraria compresa fra le ore 18.00 e le ore 24.00 non supera il 20 % di tale fascia oraria. 2. Il paragrafo 1 non si applica: a) agli annunci effettuati dall’emittente in relazione ai propri programmi e ai prodotti collaterali da questi direttamente derivati ovvero in relazione a programmi e servizi di media audiovisivi di altre entità appartenenti al medesimo gruppo di emittenti; b) agli annunci di sponsorizzazione; c) agli inserimenti di prodotti; d) agli schermi neutri tra il contenuto editoriale e gli spot televisivi pubblicitari o di televendita, e tra i singoli spot”;*
- g3) si nota che questo testo normativo, al comma 2, lett. a), adesso dà espressa rilevanza alle *“altre entità appartenenti al medesimo gruppo di emittenti”*.

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

- h) sul sistema integrato delle comunicazioni (SIC), sui criteri di computo e sui gruppi si veda Corte di giustizia UE, sez. 5, 3 settembre 2020, C-719/18, Vivendi SA (in *Foro it.*, 2020, IV, 517 con nota di PALMIERI – PARDOLESI; oggetto della News US, n. 108 del 28 settembre 2020), secondo cui *“L’articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro che ha l’effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo”*. Alla citata News US si rinvia, oltre che per una ricostruzione del fatto e l’analisi delle argomentazioni del collegio: ai §§ n) e o), per approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali in tema di società dell’informazione e comunicazione e commercio

elettronico; al § p), con riferimento alla distinzione tra libertà di stabilimento e libera circolazione di capitali; al § q), sulla libertà di stabilimento; al § r), su libertà e pluralismo dei media quale motivo imperativo di interesse generale; al § s), sulla nozione di servizi di comunicazione elettronica e sulla differenza tra la produzione dei contenuti, che implica un controllo editoriale, e la trasmissione dei contenuti, che non implica tale controllo; al § t), sulla estensione del settore delle comunicazioni elettroniche anche in relazione ai nuovi mercati;

- i) Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 26 gennaio 2021, n. 777 (oggetto della News US, n. 15 dell'8 febbraio 2021), con cui sono state rimesse alla Corte di giustizia UE tre articolate questioni pregiudiziali: le prime due, incentrate sulla compatibilità della normativa nazionale relativa alle locazioni brevi con il diritto dell'Unione e, in particolare, con il principio di libera prestazione di servizi di cui all'art. 56 TFUE; la terza, relativa al ruolo rivestito dal giudice nazionale nella formulazione del quesito da sottoporre alla Corte di giustizia. Alla citata News si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni delle parti: al § l), sulla nozione di servizio della società dell'informazione in relazione alla direttiva 2015/1535/UE; al § m), sulla libera prestazione dei servizi e i limiti giustificati da motivi imperativi di interesse generale; al § n), con riferimento al rapporto tra libera prestazione dei servizi e competenze degli Stati membri in tema di imposizioni dirette;
- j) sull'affollamento pubblicitario *ex art. 38*, quinto comma, d.lgs. n. 177 del 2005, si vedano:
- j1) Corte cost., 29 ottobre 2015, n. 210 (in *Foro it.*, 2016, I, 30, con nota di richiami cui si rinvia per ulteriori approfondimenti; *Foro amm.*, 2015, 2727), secondo cui: *“È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, 5° comma, d.leg. 31 luglio 2005 n. 177, come sostituito dall'art. 12 d.leg. 15 marzo 2010 n. 44, nella parte in cui stabilisce per le emittenti televisive a pagamento limiti orari alla trasmissione di spot pubblicitari più restrittivi di quelli previsti per le emittenti c.d. «in chiaro», in riferimento agli art. 41 e 76 cost.”; “È inammissibile, in quanto comunque inidonea a garantire la realizzazione del risultato perseguito dal giudice a quo, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, 5° comma, d.leg. 31 luglio 2005 n. 177, come sostituito dall'art. 12 d.leg. 15 marzo 2010 n. 44, nella parte in cui stabilisce per le emittenti televisive a pagamento limiti orari alla trasmissione di spot pubblicitari più restrittivi di quelli previsti per le emittenti c.d. «in chiaro», in riferimento all'art. 3 cost.”;*
- j2) Trib. Palermo 20 febbraio 2010 (in *Foro it.*, *Rep.*, 2013, voce Concorrenza (disciplina), n. 235), secondo cui la violazione delle norme di diritto pubblico in materia di limiti all'affollamento pubblicitario costituisce concorrenza sleale quando integra un comportamento che si inquadra in una più

complessa attività illecita e che, creando un malizioso ed artificiale squilibrio del mercato, è idoneo a riflettersi negativamente nella sfera patrimoniale del concorrente e a danneggiare la sua impresa;

- j3) Cass. civ., sez. I, 1° settembre 1997, n. 8313 (in *Foro it.*, 1998, I, 123; *Giust. civ.*, 1998, I, 793, con nota di CECCHERINI) che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 9 bis, l. 223/90, nella parte in cui non distingue, a proposito dei limiti di affollamento pubblicitario, le emittenti che trasmettono soltanto le televendite da quelle c.d. editoriali, posto che il legislatore: a) tenuto conto della limitatezza delle bande disponibili, nell'improntare l'attività radiotelevisiva ai valori dell'informazione e della cultura, assegnando un carattere meramente strumentale alle varie forme di pubblicità, non ha inteso riconoscere la possibilità di effettuazione di trasmissioni monotematiche di carattere commerciale; b) nell'ambito dell'utilità sociale degli interventi attuativi della disciplina del commercio, ha operato una ponderata valutazione degli altri interessi imprenditoriali, che una disciplina più permissiva avrebbe potuto pregiudicare.