

Vincenzo Guggino

**La dimensione europea
dell'Autodisciplina Pubblicitaria.
I sistemi di autodisciplina
e le direttive comunitarie**

2015-1.4

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale



Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*

Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*

Redazione: *Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile, Giuseppe Matarazzo, Maria Manuela Pappalardo, Giuliana Quattrocchi*

Volume chiuso nel mese di giugno 2015

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale è on line*

<http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro>

ISSN 1973-3585

Cattedra di Diritto Internazionale

Via Gallo, 24 - 95124 Catania

E-mail: risorseinternazionali@lex.unict.it

Redazione: foglidilavoro@lex.unict.it

Tel: 095 230857 - Fax 095 230489

L'Europa che non c'è?

La domanda che da qualche tempo ci poniamo e che ci spinge ad indagare l'esistenza dell'Europa come parametro di una nuova civiltà giuridica europea può trovare risposta non solo nella ricerca dei delicati e sempre mutevoli equilibri cui ci ha abituato l'Europa di Bruxelles, ma anche nelle politiche di attuazione dei suoi atti normativi e delle sue politiche nei Paesi membri e segnatamente in Italia

Questo fascicolo di FLADI è dedicato interamente al tema della disciplina nazionale ed europea dell'autodisciplina pubblicitaria, argomento del seminario tenuto il 15 maggio di quest'anno da Vincenzo Guggino, Segretario Generale dell'Istituto per l'Autodisciplina Pubblicitaria di Milano nell'ambito della nostra rassegna "L'Europa che non c'è".

I testi qui raccolti sono stati gentilmente messi a disposizione dal dottor Guggino che ringraziamo una volta di più per la sua cortesia.

La redazione

3. I sistemi di autodisciplina e le direttive comunitarie

Varie le direttive comunitarie riguardanti la comunicazione commerciale che hanno rimarcato l'importanza dei sistemi di autodisciplina pubblicitaria nello svolgere un ruolo deflattivo del contenzioso pubblicitario, a zero costi per la collettività e di grande efficacia. Il risultato paradossale è che ciò, almeno con riguardo all'Italia, che avrebbe dovuto condurre ad una sorta di “*deregulation*” ha invece avuto l'effetto di incrementare considerevolmente il numero delle leggi del settore.

Questo perché il ruolo che le direttive assegnano alle autodiscipline pubblicitarie trova considerazione o ostacolo nei diversi Stati sia, come è giusto, in ragione dell'efficacia intrinseca dei sistemi singoli, ma soprattutto in rapporto alla concezione di *governance* espressa dai vari contesti governativi e parlamentari.

Da questo punto di vista il nostro Paese è fortemente contraddistinto da una concezione estremamente statualistica del diritto, che poco concede al “diritto dei privati”, come lo definiva Santi Romano, o come si dice oggi nel contesto europeo, alla “*self-regulation*” e alla “*co-regulation*”.

In modo schematico al termine di questo contributo daremo un resoconto delle principali direttive che hanno caratterizzato il settore pubblicitario ma per il momento ci soffermiamo su le due principali direttive che riguardano molto da vicino l'autodisciplina pubblicitaria e “l'occasione mancata” che esse hanno rappresentato.

3.1 La Direttiva n. 29 del 2005

Nella configurazione comunitaria come la si desume dalle diverse direttive succedutesi nel tempo i sistemi di autodisciplina sono stati visti con evidente favore per il ruolo che possono svolgere ai fini dell'attuazione degli scopi delle direttive medesime contribuendo a decongestionare l'affollamento delle procedure giudiziarie ed amministrative.

Pur tenendo conto della sostanziale autonomia dei sistemi autodisciplinari, il legislatore comunitario ha immaginato che venissero create a livello nazionale delle efficaci norme di raccordo finalizzate a massimizzare la funzione deflattiva di questi sistemi rispetto alla applicazione della disciplina nazionale. Nella Direttiva n. 450/84 sulla pubblicità ingannevole e comparativa (versione aggiornata per effetto dell'interpolazione con le norme della Direttiva n. 55/97) si dice, ad esempio, nei considerando che *"i controlli volontari esercitati da organismi autonomi per eliminare la pubblicità ingannevole possono evitare azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi e devono quindi essere*

incoraggiati". Parallelamente, l'art. 5 della stessa direttiva dispone che essa "non esclude il controllo volontario che gli Stati membri possono incoraggiare della pubblicità ingannevole o della pubblicità comparativa esercitato da organismi autonomi, né esclude che le persone o le organizzazioni (che ne abbiano legittimo interesse) possano adire tali organismi qualora sia prevista una procedura dinanzi ad essi oltre a quella giudiziaria o amministrativa". La direttiva n. 29/05 sulle pratiche commerciali scorrette, nel considerando n. 20 dichiara che "è opportuno prevedere un ruolo per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici ... Il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato". Parallelamente, l'art. 10 della stessa direttiva ribadisce che "la presente direttiva non esclude il controllo, che gli Stati membri possono incoraggiare, delle pratiche commerciali sleali esercitato dai responsabili dei codici, né esclude che le persone o le organizzazioni (che ne abbiano legittimo interesse) possano ricorrere a tali organismi qualora sia previsto un procedimento dinanzi ad essi oltre a quelli giudiziari o amministrativi".

Per poter svolgere questo ruolo deflattivo nella repressione della pubblicità ingannevole e di quella comparativa illecita, i sistemi nazionali istituiti in attuazione delle direttive in questione devono essere strutturati in modo tale da rendere possibile questo ruolo, considerato utile ed oggetto di incoraggiamento.

Il legislatore comunitario ha dunque per molti versi equiparato il controllo amministrativo e quello giudiziario e a quello autodisciplinare. E ha postulato perlomeno che l'uno non escluda l'altro, infatti l'autonomia degli organi di controllo non comprime la libertà di scelta del soggetto che assume l'iniziativa, ed il rischio insito nella strutturazione del sistema basato su tre organi di controllo reciprocamente autonomi ed indipendenti è soltanto quello di una possibile duplicazione (se non triplicazione) delle procedure di accertamento e di repressione dell'illecito e, talvolta, anche quello di un contrasto di giudicati. Questo rischio tuttavia non fa venir meno la funzione deflattiva dell'Autodisciplina quanto meno perché la pronuncia di illiceità e la conseguente inibitoria da parte del relativo organismo di auto-controllo dovrebbe rendere superfluo il ricorso ad ogni altro organo, mentre la pronuncia di assoluzione fornisce all'organo successivamente adito un modello di motivazione del quale questo può - volendo - tener conto.

L'equilibrio fra gli organi di controllo, affinché essi operino in modo tendenzialmente equivalente, è perseguito positivamente dal legislatore comunitario e

dovrebbe essere perseguito anche dagli Stati membri. Sennonché, in Italia, questo equilibrio è venuto progressivamente meno a causa dell'instaurarsi di un modello legislativo che ha conferito all'Autorità Garante un ruolo e delle procedure che di fatto hanno impedito di dare vita ad "una configurazione di sistema" tra organismo pubblico e l'autodisciplina pubblicitaria e tra pubblico e privati.

3.2 Il problema del raccordo

Le attuali norme di raccordo fra il controllo autodisciplinare ed il controllo amministrativo dell'Autorità Garante sono rispettosissime della reciproca autonomia ed indipendenza ma sono insufficienti al fine di assicurare la funzione deflattiva dell'Autodisciplina.

Tali norme non tengono conto della direttiva n. 29/05 nella parte in cui dispone che spetta a ciascuno Stato membro "*decidere ... se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere la controversia, compresi quelli di cui all'art. 10*" e cioè quelli derivanti dall'applicazione dei codici di condotta e perciò, in Italia, dell'Autodisciplina della comunicazione commerciale. Questa norma ha una portata strategica fondamentale, di modo che, averla completamente ignorata da parte del legislatore nazionale, è spiegabile soltanto sulla base di una fortissima propensione a favore di una soluzione statualistica ed autoritaria.

A nostro avviso la direttiva, pur subordinando la eventuale condizione di procedibilità costituita dal preventivo ricorso all'Autodisciplina ad una valutazione di opportunità, non voleva lasciare libero ciascuno Stato membro di decidere arbitrariamente.

Infatti la valutazione di opportunità che ciascuno Stato membro è tenuto a compiere per decidere se rendere obbligatorio il ricorso preventivo all'Autodisciplina dipende dal fatto che nel suo territorio un'autodisciplina esista, sia funzionale e goda del necessario prestigio. Lo Stato italiano non si è neppure posto il problema di una più proficua utilizzazione del sistema di autodisciplina nazionale, che peraltro è fra i più evoluti e prestigiosi del mondo.

3.3 Le attuali norme di raccordo

In Italia, le attuali norme di legge che dovrebbero raccordare il controllo autodisciplinare esercitato dallo IAP con quello amministrativo dell'AGCM per lo sviluppo della funzione deflattiva, contenute negli artt. 27-*bis*, *ter* e *quater* del Codice del Consumo, sono completamente insufficienti a tal fine.

L'art. 27-*bis*, rubricato "*Codici di condotta*", non è in realtà una norma di raccordo, ma attiva unicamente il riconoscimento da parte legislatore della liceità della causa del contratto di autodisciplina come espressione legittima di autonomia negoziale, senza attribuire in concreto alcun ruolo all'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria che pure, da oltre quarantacinque anni, svolge nel nostro Paese una funzione fondamentale a tutela dei concorrenti e dei consumatori.

L'art. 27-*ter* è una norma di raccordo "debole" ed è rimasta sostanzialmente inapplicata. Essa prefigura la possibilità di un ricorso preventivo al controllo autodisciplinare, ma tale possibilità è subordinata all'accordo delle parti ed all'adesione dell'AGCM all'accordo medesimo. Il preventivo ricorso al controllo autodisciplinare - dunque - è tutt'altro che una condizione di procedibilità del ricorso amministrativo. La norma è rimasta sostanzialmente lettera morta, ed è peraltro superata dall'attribuzione all'Autorità del potere di agire d'ufficio. Tale norma presuppone infatti che l'intervento sia sempre ad istanza di parte non potendosi certo prefigurare la sospensione di una procedura davanti all'AGCM che quest'ultima abbia attivato d'ufficio.

L'art. 27-*quater* non è una norma di raccordo perché si limita a prescrivere taluni oneri di informazione da adempiere nei confronti del Ministero dello Sviluppo Economico.

3.4 De iure condendo

L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria quindi nel campo della comunicazione commerciale non è una delle tante possibili "autodiscipline", e non esprime uno dei tanti possibili "codici di condotta" ma, per la sua storia, per la sua rappresentatività, per la sua efficacia, si pone come una sorta di "comunità necessaria" di tutti quei soggetti a vario titolo interessati al controllo dei contenuti della comunicazione commerciale, e si pone quindi come tale nella veste di interlocutore "naturale"

dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in relazione alle previsioni del Codice del Consumo che riguardano proprio i codici di condotta e l'autodisciplina.

Pensiamo cioè che possa risultare utile attivare una reciproca collaborazione finalizzata a far sì che l'Autorità possa tenere conto e avvalersi nella formulazione dei propri provvedimenti dell'azione svolta dall'Autodisciplina pubblicitaria.

Uno spirito e una condotta coerenti con una "visione" che non concepisce le Istituzioni preposte al controllo ognuna come un corpo rigidamente separato dalle altre, ma, al contrario, dialoganti e consapevoli dell'esistenza degli altri centri decisionali. La mancanza di una reale consonanza mina l'affidamento degli operatori nelle Istituzioni medesime, rappresentando un prezzo insostenibile per l'economia, specialmente nell'attuale contingenza.

Per valorizzare la scelta degli operatori che si assoggettano volontariamente allo strumento autodisciplinare, è necessario offrire loro un esplicito riconoscimento di tale condotta etica. I sistemi di autodisciplina sono di stampo "volontaristico": gli operatori autolimitano il proprio agire non sulla base di una norma o di un potere esterni, ma quale libera espressione di una volontà che muove e si diffonde "dal basso". Ma se così è, riteniamo che lo Stato, attraverso gli Organismi preposti al controllo, dovrebbe dare il giusto rilievo a questi comportamenti "virtuosi" ed utili per l'intera società, specialmente se confrontati con quelli posti in essere da soggetti che non accettano questa autolimitazione dell'agire in chiave etica.

In concreto riteniamo che l'Autorità dovrebbe valutare in modo differente quel messaggio che ha ottenuto un parere preventivo favorevole del Comitato di Controllo, o che è già stato da tempo espunto dal sistema dei media a seguito di un'inibitoria del Giurì.

Nel primo caso sarebbe evidente la buona fede dell'inserzionista che ha agito sulla base di un parere di conformità rilasciato da un organismo di comprovata competenza ed autorevolezza; nel secondo caso, bisognerebbe dare rilievo al fatto che quel messaggio, essendo da tempo eliminato dal circuito dei media proprio in ragione dell'intervento autodisciplinare, avrebbe di fatto ridotto la sua potenzialità lesiva dell'interesse dei consumatori e di ciò dovrebbe esserci un riflesso in termini di riduzione della eventuale sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'Autorità.

Insomma, sarebbe opportuno tener conto della "storia" di una determinata comunicazione commerciale, ovvero se sia già intervenuta l'Autodisciplina ad

assentirla o fermarla per chiederne la modifica. E se, eventualmente, il successivo giudizio amministrativo fosse difforme, sarebbe opportuno motivare il perché di questa divergenza. L'aver aderito prontamente ad una richiesta autodisciplinare è un'attestazione di buona fede e di comportamento virtuoso che deve trovare apprezzamento anche in altre sedi.

Porsi dunque in un rapporto di consonanza in un sistema complesso nel quale va riconosciuto il ruolo esercitato dai vari organismi di controllo, rimane l'obiettivo da perseguire. Ricerca di "convergenze", come quella, ad esempio, emersa in un recente provvedimento dell'Autorità che, nel valutare la condotta dell'inserzionista per determinare la sanzione, ha tenuto conto che la campagna fosse stata già bloccata a seguito di procedimento autodisciplinare.