

LA DIMENSIONE DEL FENOMENO COMUNICAZIONE NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO: NUOVE FRONTIERE E NUOVE REGOLE

Intervento al Convegno del 5 dicembre 2011 “Web, televisione, pubblicità: diritti, tutele, risarcimenti”. dell’avv. Elena Carpani

Nel mio intervento mi soffermerò sui seguenti temi:

- 1) il mercato degli investimenti pubblicitari in Italia;
- 2) i nuovi scenari con i quali le imprese devono confrontarsi ed in particolare l'impatto del web sui diritti di privativa e sul diritto d'autore;
- 3) le carenze del nostro sistema legislativo e giudiziario rispetto ai nuovi problemi introdotti dal mondo del web da una parte, dalle modifiche dei processi produttivi, dalla sofisticazione di taluni tipi di prodotti, dall'ingresso di nuovi competitor, dall'altra.

Il tempo a disposizione non mi consentirà di svolgere gli approfondimenti che si renderebbero necessari data la complessità dello scenario.

Mi auguro di potere comunque stimolare delle riflessioni sui temi che verranno trattati.

1) INIZIAMO QUINDI DAL MERCATO DEGLI INVESTIMENTI PUBBLICITARI

La televisione è ancora il media dominante.

La televisione gode a **livello planetario** di un **audience potenziale** di **3,3 miliardi** di persone.

Nel **2010** l'ascolto medio è stato di **3 ore e 10 minuti**, 190 minuti.

L'ascolto negli ultimi 5 anni è sempre cresciuto.

Aumentano i cosiddetti “schermi” attraverso cui la televisione può essere fruita, ed al contempo aumenta il consumo di contenuto televisivo, soprattutto nei telespettatori compresi tra i 15 ed i 24 anni, i quali utilizzano “schermi diversi” da quelli tradizionali.

Due dati ulteriori.

Nel **Nord America** il consumo medio di tv nel 2010 è stato di **4 ore e 30 minuti**.

In **Europa** di **3 ore e 48 minuti**.

In **Italia** nel **2010** la tv è stata fruita dall'**84%** dell'**intera popolazione** a fronte del **59%** che ascolta la **radio**, del **39%** che legge un **quotidiano** tutti i giorni e del **26%** che usa **internet** tutti i giorni.

Secondo dati Eurostat il 43% degli italiani non accede ad internet perché non ha mai utilizzato un pc.

Anche nei paesi, come gli USA, in cui il tasso di penetrazione della rete è molto alto, circa il 60% della popolazione nel 2010 ha usato la tv per informarsi a fronte del 30% che ha usato internet.

Passando ora ad esaminare dati economici, la **quota della televisione sul mercato pubblicitario planetario** è passata dal **38%** del **2008** al **41%** del **2010**.

Nel 2012 le previsioni sono di un aumento ulteriore degli investimenti pubblicitari in tv.

Da rilevare infine è che il mezzo televisivo ha la capacità di **invadere anche internet**: si pensi alla fruizione di video attraverso motori di ricerca.

La pubblicità rappresenta la benzina che fa muovere il sistema multimediale.

E' il valore intorno al quale ruotano gli apparati produttivi, distributivi, commerciali e anche creativi.

Buona parte dei media producono contenuti non per venderli alle persone, ma per fidelizzare persone da vendere agli investitori pubblicitari ovvero ad imprese interessate a comunicare con quelle persone, in quanto potenziali acquirenti dei loro prodotti.

I dati forniti rendono dunque evidente l'attuale predominanza tra i media della tv e la capacità di tale mezzo, ancora, di attrarre la maggiore percentuale di investimenti pubblicitari.

2) ANALIZZIAMO DUNQUE I NUOVI SCENARI CON I QUALI LE IMPRESE DEVONO CONFRONTARSI ED IN PARTICOLARE L'IMPATTO DEL WEB SUI DIRITTI DI PRIVATIVA E SUL DIRITTO D'AUTORE.

Se quindi non ha ancora senso parlare di internet come il prossimo esclusivo catalizzatore degli investimenti pubblicitari nel mondo ed in Italia, e' indubbio che bisogna confrontarsi seriamente con i problemi che dal web derivano al mondo delle imprese (tralasciando i problemi che derivano ai cittadini, tra tutti, quelli connessi al diritto alla privacy).

Tra di essi:

A. la violazione dei diritti di privativa ed in particolare dei diritti sui marchi, e l'illecita commercializzazione dei prodotti di imprese ad opera di soggetti non legittimati.

A questo proposito mi soffermerò brevemente sul caso Ebay e sulla recente sentenza della Corte di Giustizia Europea del 12 luglio 2011.

La Corte di Giustizia Europea, nell'ambito di una controversia in Inghilterra tra L'Oreal S.A. ed Ebay, avente ad oggetto l'asserita illecita commercializzazione attraverso Ebay di prodotti a marchio Lancome, è stata chiamata a pronunciarsi sulla interpretazione di alcuni articoli, tra gli altri, delle Direttive 89/104 e 95/2008 (**sul ravvicinamento degli Stati Membri in materia di marchi di impresa**), della Direttiva 2000/31 in materia di **commercio elettronico** e della direttiva 48/2004 **sull'enforcement in materia di diritti di proprietà intellettuale**.

I prodotti oggetto della controversia erano:

- a) prodotti non destinati alla vendita al pubblico (campioni);
- b) prodotti destinati alla vendita in Nord America, commercializzati su Ebay senza packaging.

Secondo L'Oreal, Ebay era da considerarsi responsabile:

- 1) per l'uso fatto dei marchi L'Oreal nel momento in cui gli stessi compaiono sul sito Ebay;
- 2) per la presenza, su motori di ricerca di altri operatori, di link ad Ebay attivabili attraverso delle Keyword corrispondenti ai marchi di L'Oreal.

La sentenza è molto interessante ed articolata.

Mi limiterò a segnalare alcune statuizioni in essa contenute che mi paiono particolarmente interessanti:

- a) La Corte ha affermato che le esclusioni di responsabilità stabilite dalla direttiva sull'e-commerce (recepita dal nostro legislatore nel Dlgs 70/2003) non si applicano quando l'operatore svolga un ruolo attivo, per esempio fornendo assistenza, ottimizzando la presentazione delle offerte ecc. ecc. Attività tutte che Ebay in taluni casi esercita.
- b) anche nell'ipotesi in cui **non** abbia svolto alcun ruolo attivo, un operatore che sia al corrente di illeciti deve attivarsi per rimuoverli. E ne può essere al corrente o perché notificato della loro esistenza da terzi, o perché lo abbia appreso in altri modi. Il parametro è quello della diligenza professionale.
- c) **Gli stati membri devono assicurare alle loro autorità giudiziarie la possibilità, non solo di ordinare agli operatori la cessazione della violazione di illeciti, ma anche di attivarsi per prevenirli.**

L'importanza di questa decisione per il futuro è di tutta evidenza, perché il tema del ruolo dell'*internet provider* nella prevenzione degli illeciti è fondamentale.

Se è vero che l'IP abbia l'obbligo di agire per fare cessare l'illecito quando sia stato notiziato della sua esistenza (procedura cosiddetta *notice and take down*), è altresì vero che gli *internet provider* avrebbero la possibilità di inserire dei filtri al fine di evitare che gli illeciti ai danni di marchi e diritto d'autore vengano posti in essere.

Si tratterà di vedere quale applicazione dei principi della Corte di Giustizia Europea verrà data dai Giudici degli Stati Membri.

Il secondo scenario aperto dal web è:

B. la sistematica violazione da parte degli utenti di internet e dei cosiddetti aggregatori come "You tube" del diritto degli autori delle opere protette dalla legge sul diritto d'autore e dei soggetti legittimati dagli autori allo sfruttamento delle opere stesse (gli editori ed i produttori per esempio).

Le ripercussioni della pirateria sul mondo della discografia sono note.

Stiamo assistendo in questi anni alla cannibalizzazione anche del mercato cinematografico e di quello televisivo.

Tutti hanno oggi la possibilità di scaricare copie pirata di film.

Tramite You Tube è possibile rivedere i contenuti televisivi appena trasmessi in tempi quasi reali.

Su questi temi si soffermerà l'avv. Longhini, analizzando una serie di casi e di pronunce giudiziali che consentono di potere timidamente affermare che qualche cosa stia cambiando. Ritengo, insieme peraltro a molti più autorevoli di me, che sarebbe necessario da un lato un intervento del legislatore e l'introduzione di sanzioni adeguate, dall'altro un cambio profondo di mentalità degli operatori del settore.

Un solo esempio per tutti.

Posto che è un dato di fatto che il giorno dopo l'uscita di un film sia possibile scaricarlo illegalmente, e posto che confidare nell'educazione civica dei cittadini mi pare sia velleitario (anche immaginando una sensibilizzazione di bambini ed adolescenti), bisognerebbe offrire al pubblico, contestualmente alle uscite nelle sale cinematografiche, la possibilità di scaricare legalmente il film attraverso siti quali iTunes (che ha contribuito a dare un aiuto al mercato discografico).

Non ha più senso mettere in commercio DVD del film dopo un lasso di tempo significativo dall'uscita nelle sale.

Vi è infatti la possibilità che gli eventuali interventi del legislatore o i provvedimenti dei Giudici, ammesso che possano essere efficaci, arrivino troppo tardi.

Ammesso che siano efficaci perché il mondo del web può essere impiegato in modi sempre nuovi e ha tali e tante sfaccettature da rendere poco probabile che possa essere fermato nella sua attitudine a fagocitare oggetti dei diritti di privativa altrui.

Solo un accenno al tema del rapporto tra il copyright in senso lato e il diritto di ciascuno di potere usare liberamente gli strumenti offerti da internet.

Posto che non vi siano dubbi che il nostro sistema tuteli il diritto d'autore ed i diritti connessi e che essi siano utilizzabili solo con il consenso dei titolari, nulla vieta che alcuni autori possano decidere di rendere liberamente appropriabili, o appropriabili con alcuni limiti, i contenuti dagli stessi ideati.

Forse non a tutti sono note le **licenze Creative Commons**.

Creative Commons è una organizzazione no profit con sede a San Francisco dedicata all'espansione della portata delle opere di creatività offerte alla condivisione ed all'utilizzo pubblico.

Essa intende rendere possibile il ricorso creativo ad opere dell'ingegno altrui nel pieno rispetto delle leggi esistenti e della volontà degli autori.

Le licenze *Creative Commons* sono 6.

Si passa da una licenza che permette all'utilizzatore di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre al pubblico, rappresentare, eseguire, recitare e modificare l'opera **con il solo limite di attribuirne la paternità nei modi indicati dall'autore** o da chi ha dato l'opera in licenza, ad una licenza che conferisce la facoltà di fare tutto quanto sopraelencato a condizione:

- 1) che si attribuisca la paternità all'autore dell'opera;
- 2) che non la si usi per fini commerciali;
- 3) che, se si alteri o trasformi l'opera, o la si usi per crearne un'altra, il licenziatario distribuisca l'opera risultante da tali alterazioni o trasformazioni solo con una licenza identica o equivalente a quella da egli acquisita.

Mi pare che le licenze *Creative Commons* consentano a chi lo desidera di rendere le proprie opere liberamente utilizzabili.

Ritengo tuttavia che parimenti debba essere rispettato il diritto di chi non ha la medesima determinazione e ambisca a sfruttare o non sfruttare la propria opera secondo la propria volontà.

Questi, oltre ai possibili rischi reputazionali derivanti dai blog e dalle notizie veicolate sul web (temi sui quali si soffermerà l'avv. Ranno), sono dunque i problemi con i quali le imprese devono confrontarsi in un sistema economico nel quale convivono soggetti che hanno una visibilità totale e che rispondono in caso di commissione di condotte illecite a carico di consumatori e concorrenti, ed altre, spesso molto rilevanti economicamente, che sfuggono all'imputazione di qualsiasi responsabilità.

Il mio intervento si intitola **“La dimensione del fenomeno comunicazione nel sistema giuridico italiano: nuove frontiere e nuove regole”**.

Mi soffermerò quindi sui problemi con i quali sia i giudici che le imprese che investono in pubblicità devono confrontarsi oggi, anche, ma non solo, in conseguenza della veicolazione della comunicazione attraverso internet.

Come è a tutti noto le campagne pubblicitarie in Italia sono valutate:

- a) dal Giuri della pubblicità, che da 45 anni opera in Italia a tutela dei diritti dei consumatori e delle imprese lesi da comunicazioni che violano il codice di autodisciplina pubblicitaria;
- b) dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che valuta, tra l'altro le pratiche commerciali scorrette disciplinate dal Codice del Consumo, tra le quali si annoverano le pubblicità ingannevoli;
- c) dall'Autorità giudiziaria ordinaria (AGO).

Accanto a questi soggetti si colloca l'attività delle Camere di Commercio e delle associazioni dei consumatori.

A questo proposito segnalo, a chi non ne fosse al concorrente, l'iniziativa, a mio avviso molto discutibile, del Codacons che ha istituito un organismo, denominato Codapons, il quale si propone di svolgere un'attività in concorrenza con quella del Comitato di Controllo del Giurì (che, come è noto, ha il potere di chiedere informazioni relative al contenuto di campagne, veicolate attraverso i media aderenti allo IAP o da aziende che vi aderiscono, per valutare se le stesse violino norme poste a tutela dei consumatori) e dell'AGCM.

Trovo che tale ultima iniziativa sia discutibile per il tono minaccioso alla quale si accompagna e per l'errato riferimento alla normativa dettata dal Codice del Consumo.

Mi riferisco in particolare al fatto che sia stato citato l'art. 140 C.d.S., che, contrariamente a quanto affermato, non legittima le associazioni dei consumatori a richiedere alle imprese di dimostrare la veridicità delle rivendicazioni pubblicitarie, ma esclusivamente a richiedere ai Tribunali competenti a) di inibire gli atti ed i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate e c) di ordinare la pubblicazione dell'eventuale provvedimento su quotidiani a tiratura nazionale o locale Il Codapons si è in sostanza appropriato di diritti che spettano all'AGCM o al Comitato di Controllo del Giurì.

I pregi ed i limiti delle possibilità di intervento del Giurì e dei suoi organi sono a tutti noti.

Ricordo solo che, trattandosi di un organismo autodisciplinare, lo stesso può giudicare vertenze che coinvolgano aziende che lo abbiano accettato, direttamente o tramite associazioni di cui siano parte, o vertenze relative a comunicazioni veicolate attraverso media che parimenti lo abbiano accettato.

Il Giurì non ha giurisdizione sulle comunicazioni veicolate da aziende non aderenti attraverso, per esempio, affissioni nei punti vendita, volantini o siti aziendali.

Il Giurì ha il pregio della tempestività ed i limiti della impossibilità di applicare sanzioni diverse da quelle inibitorie o di accordare risarcimenti danni a favore del soggetto la violazione dei cui diritti venga accertata e di emettere provvedimenti cautelari in generale ed *inaudita altera parte* in particolare.

L'AGCM non ha tali limitazioni ma ha tempi di intervento spesso incompatibili con quelli necessari per far cessare una campagna ingannevole o denigratoria.

L'AGO può intervenire in via d'urgenza per fare cessare campagne scorrette, ha la possibilità, nei successivi giudizi di merito, di condannare al risarcimento dei danni, qualora venga accertato il compimento di atti di concorrenza sleale.

La dimostrazione dei danni subiti da un concorrente a seguito della pubblicità ingannevole o denigratoria di un concorrente ed il nesso di causalità tra essi ed il fatto illecito presenta profili di estrema complessità.

Profili sui quali si soffermerà il Dott. de Sapia nel proprio intervento.

Il tema di maggiore attualità è però quello relativo alla valutazione degli eventuali limiti delle menzionate giurisdizioni rispetto a comunicazioni veicolate attraverso il web.

Per esempio per fare cessare una campagna illecita veicolata solo attraverso banner da parte di imprese non aderenti allo IAP, non vi era altra strada se non quella della denuncia all'AGCM o dell'azione giudiziaria in sede ordinaria.

Lo IAP ha compiuto dei passi avanti.

Credo sia a tutti noto che nel 2004 e nel 2009 hanno aderito allo IAP, Fedoweb e IAB, che annoverano tra i loro associati editori che operano online, Libero, Kataweb, Tiscali, Virgilio, agenzie di pubblicità che lavorano solo per il mondo della comunicazione web.

Il Giurì ha quindi oggi giurisdizione sulle pubblicità veicolate attraverso i banner che compaiono sui motori di ricerca aderenti e sulle testate on-line degli editori aderenti ed ancora realizzate da agenzie di pubblicità specializzate nella comunicazione on-line aderenti.

Forse invece non tutti sanno che EASA (European Advertising Standard Alliance) ha varato due documenti molto importanti:

- 1) L'EASA Digital Marketing Communication Best Practice nel 2008;
- 2) Best Practice Recommendations on online Behavioural Advertising nel 2011.

Lo IAP ha adottato entrambe le raccomandazioni che contengono principi ai quali le aziende che investono in pubblicità on-line e coloro che le realizzano ed operano a qualsiasi livello in quell'ambito devono conoscere e rispettare.

La Raccomandazione del 2011 si occupa della cosiddetta **pubblicità comportamentale** ed ha quale fine quello di fare in modo che gli operatori pubblicitari si autoregolamentino per assicurare la protezione della privacy del consumatore nello svolgimento della pubblicità comportamentale.

Con tale espressione si indica l'attività di raccolta di dati relativi ai comportamenti di navigazione internet, nel tempo e sui siti web, per svolgere previsioni sulle preferenze dei consumatori al fine di trasmettere loro messaggi personalizzati.

L'impatto su aspetti che possono incidere sulla protezione dei dati personali e della vita è indubbio.

Gli strumenti per il tracciamento sono basati per lo più sull'elaborazione delle informazioni provenienti dai motori di ricerca con un predominanza dei cosiddetti **cookies**, ovvero frammenti di testi memorizzati sui computer degli utenti e da essi recuperati con lo scopo di ricostruire il comportamento di costoro.

Esempio: Se un soggetto si collega su siti dedicati al mondo delle autovetture, tale soggetto e il suo interesse per le auto viene individuato e gli verranno inviate pubblicità dedicate a tale settore.

Le Raccomandazioni EASA prevedono, per esempio, la possibilità per l'utente di attivare delle procedure di opt out.

Invito tutti coloro che fossero interessati a saperne di più a collegarsi sul sito dell'EASA e ad estrarre il documento.

L'approfondimento di questo tema richiederebbe un altro convegno.

Possiamo concludere affermando che i limiti di intervento degli organismi autodisciplinari e statuali su comunicazioni veicolate attraverso il web non sono dissimili rispetto a quelli nei confronti della pubblicità tabellare.

In sostanza l'impresa, che ha visibilità e che, aderendo ad organismi autodisciplinari nazionali ed internazionali, decide di essere sottoposta alla valutazione delle proprie campagne, ha le medesime possibilità di essere sanzionata sia che comunichi sul web sia che comunichi sui media tradizionali.

Il web consente tuttavia ancora di utilizzare strumenti pubblicitari sui quali non ritengo vi sia modo di intervenire.

Strumenti rispetto ai quali insomma consumatori ed imprese non possono difendersi.

Si pensi a video pubblicitari relativi a prodotti di imprese straniere o non aderenti allo IAP che girano in rete passando da utente ad utente.

O ancora **ai blog** nei quali, apparentemente in maniera casuale, ma che casuale non è, si accendono dibattiti su prodotti o servizi nell'ambito dei quali, quindi, possono circolare notizie non veritiere e screditanti su di essi.

Molto spesso si tratta di blog alimentati da aziende concorrenti.

Accertarlo è tuttavia sostanzialmente impossibile.

O ancora, le imprese selezionano dei soggetti che abbiano alcune caratteristiche (età, ceto sociale, frequentazioni...) per fungere da testimonial di aziende e che diventano protagonisti di blog specifici oppure aprono pagine su social network.

Spesso sono ragazzi giovani che svolgono un ruolo di testimonial "occulto".

Posto che uno dei principi cardine della comunicazione pubblicitaria è che sia riconoscibile, le conseguenze di simili iniziative non richiedono commenti.

Il web dunque pone le imprese di fronte a possibilità da sfruttare straordinarie. Si pensi, tra tutte, alla pubblicità comportamentale eseguita nel rispetto delle regole. Il web tuttavia rende le medesime imprese vulnerabili rispetto ad iniziative spregiudicate di concorrenti.

Noi giuristi spesso dobbiamo constatare che vi sono dei limiti alla possibilità di porre in essere azioni efficaci nei confronti di tali iniziative.

Prima di concludere mi siano consentite alcune considerazioni che spero possano costituire degli spunti su cui tutti, Autorità, consumatori e aziende possano riflettere.

1) Oggi non è più la sola comunicazione ad essere oggetto di vaglio, oltre che del Giurì anche del Garante.

Il Garante può infatti giudicare altre pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive disciplinate rispettivamente dagli articoli 20 e seguenti del Codice del Consumo. Semplificando possiamo definire le pratiche commerciali scorrette come quelle pratiche contrarie alla diligenza professionale, idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che esse raggiungono o al quale sono dirette.

Si pensi, a titolo esemplificativo:

- agli addebiti impropriamente eseguiti su bollette o conti correnti;
- all'attività di promozione dei prodotti effettuata in maniera poco chiara e comunque ingannevole;
- all'applicazione di sconti in maniera difforme da quella comunicata al pubblico;
- per il mercato dell'auto, alle informazioni ingannevoli o incomplete sulle caratteristiche del veicolo venduto e sulle caratteristiche dei contratti di finanziamento, nonché alla vendita, da parte di rivenditori, di auto con chilometraggio artatamente ribassato;
- per l'e-commerce, si pensi ai procedimenti contro gestori di siti che riportavano informazioni ingannevoli sui prodotti e sulla loro disponibilità;
- alle attivazioni non richieste;
- alle informazioni sul costo di prodotti non complete e tali da risultare ingannevoli;
- alle informazioni ingannevoli sulle garanzie e così via.

Vi segnalo, a questo proposito, due casi che mi paiono interessanti:

1. Nel luglio del 2011 l'AGCM ha inflitto una sanzione ad Autostrade per l'Italia S.p.a. di 350.000,00 Euro, dopo avere accertato la scorrettezza, sotto il profilo informativo, gestionale e di assistenza dei consumatori, delle procedure della società concessionaria della più estesa infrastruttura autostradale nazionale. Scorrettezza destinata a ripetersi nel tempo in quanto espressione dell'effettiva organizzazione dell'impresa.

I fatti erano quelli della nevicata verificatasi tra il 17 ed il 18 dicembre 2010. Un numero straordinario di soggetti era rimasto bloccato in autostrada a causa delle condizioni atmosferiche.

L'AGCM ha affermato che è nelle situazioni di crisi che si misura il grado di diligenza ed attenzione che il professionista è in grado di garantire al consumatore-cliente nella fornitura del servizio.

Nel caso di specie, l'Autorità ha evidenziato che assumevano rilevanza dirimente sia le informazioni fornite all'utenza direttamente attraverso, anzitutto i messaggi sugli schermi posti all'ingresso ed in transito in autostrada e il numero telefonico di assistenza clienti, o attraverso terzi, in primis ISORADIO, sia le effettive misure di prevenzione e di gestione degli eventi in astratto previste ed in concreto attuate dal professionista.

Dopo avere individuato le inefficienze del sistema organizzativo di Autostrade e le carenze delle iniziative dirette a gestire il momento di crisi, l'AGCM ha inflitto una sanzione alla società.

2. Sempre nel luglio del 2011, l'AGCM ha sanzionato RTI. Il procedimento concerneva il comportamento posto in essere da RTI consistente nella promozione e gestione del sistema del televoto in particolare durante la trasmissione "Grande Fratello".

Nello specifico, oggetto di valutazione sono state:

- 1) le informazioni che RTI aveva fornito ai telespettatori relativamente al suddetto servizio, mediante la scritta apparsa in sovrimpressione;
- 2) la mancata predisposizione di strumenti idonei a prevenire le alterazioni del meccanismo del televoto potenzialmente derivanti dall'utilizzo improprio del sistema.

Il televoto, nel caso di specie, è stato affermato essere il "prodotto" di cui RTI promuoveva l'utilizzo da parte dei consumatori.

RTI è stata ritenuta essere il professionista in quanto beneficiario degli effetti pubblicitari connessi alla maggiore audience generata tramite il meccanismo del televoto e dei conseguenti verosimili maggiori introiti pubblicitari.

La pratica commerciale scorretta è consistita:

- nel non avere previsto alcuna forma di limitazione o di filtro al fine di ostacolare o rendere difficile l'intervento di soggetti professionali (call center) diversi dai telespettatori: di qui l'alterazione del meccanismo del televoto. Avrebbe dovuto dunque informare il pubblico di tale "lacuna". Chi vota lo fa per incidere sull'esito della valutazione. Se è al corrente della possibilità che così possa non essere, può determinarsi a non votare;
- È stata altresì censurata la mancata esaustiva informazione ai telespettatori della riapertura di una sessione di voto che avrebbe condizionato l'elezione del vincitore.

Il Garante, a differenza dell'autodisciplina, infligge delle sanzioni, spesso significative. Non solo.

Le pronunce dell'AGCM possono costituire il punto di partenza per promuovere, in presenza dei necessari presupposti, delle *class action*.

I due esempi citati, per esempio, si presterebbero molto bene a tradursi in una richiesta risarcitoria collettiva.

1) Le aziende devono quindi tenere conto anche di questo aspetto.

2) Le aziende che comunicano non possono ignorare gli orientamenti autodisciplinari e del Garante.

Le telefoniche, per esempio, devono a mio avviso considerare l'invito contenuto nella decisione del Giurì n. 121 del 18 ottobre 2001.

In tale decisione il Giurì, nell'ambito di una vertenza che riguardava la trasparenza nel settore della comunicazione pubblicitaria, dopo avere ribadito la necessità che le comunicazioni, per essere in linea con l'art. 2 del CACC, devono essere complete e corrette, ha dato atto del fatto che nel settore della telefonia vi siano frequenti scambi di ruoli tra denunciante e denunciato sulla base di accuse identiche.

Per il Giurì ciò denota una carenza generalizzata del *modus operandi* del settore che renderebbe necessario che si definisse una sorta di Gentleman Agreement tra gli operatori.

Così come importante è la decisione 142 del 25 febbraio 2011.

Il procedimento riguardava la pubblicità di un profumo che ritraeva un modello nudo fotografato dall'alto, straiato su un tappeto argentato con il pube coperto da una confezione rettangolare del profumo.

Il Giurì ha fornito un'interpretazione dell'art. 9 del CACC che disciplina la “*comunicazione commerciale che, secondo il gusto e la sensibilità dei consumatori debba ritenersi indecente o volgare*” affermando che il parametro di riferimento non sia costituito dal consumatore medio né dal consumatore in senso tecnico, ma dall'opinione dei cittadini.

L'art. 9, si legge nella decisione, tutela “*in particolare la pubblicità che appaia indecente o volgare ad un quantitativo di cives che può essere costituito anche solo da una minoranza*”.

Si è dunque spostata l'attenzione dal consumatore al cittadino in un caso in cui, una volta tanto, non era una donna ad essere la protagonista.

3) Se quindi le imprese devono essere guidate sapientemente nella scelte delle iniziative comunicazionali e di marketing in generale, io ritengo che anche l'interpretazione e la conseguente applicazione delle norme autodisciplinari, debba tenere conto dei cambiamenti dei processi produttivi di taluni prodotti e dell'ingresso di nuovi soggetti nel mercato.

Anche in questo caso farò due esempi:

a) La pubblicità dei prodotti cosmetici.

La normativa autodisciplinare, in particolare, vieta, nelle comunicazioni relative a prodotti cosmetici, di attribuire agli stessi caratteristiche ed efficacia che travalichino l'ambito tipico di azione dei cosmetici e cioè “*essere applicati sulle superfici del corpo umano, sui denti e sulle mucose della bocca, allo scopo esclusivo o prevalente di pulirli, deodorarli, profumarli, correggere l'aspetto estetico ovvero proteggerli per mantenerli in buono stato*”.

La norma autodisciplinare procede ponendo limiti stringenti nella presentazione dei prodotti che effettivamente abbiano caratteristiche sussidiarie per la prevenzione di particolari situazione patologiche.

Il livello di sofisticazione di alcuni di essi e gli anni di studio che precedono il loro lancio, inizia però ad aprire nuovi scenari.

Capita sovente che nelle pubblicità vengano menzionati studi eseguiti sul DNA e sui geni.

Studi che effettivamente le imprese serie eseguono al fine di realizzare prodotti sempre più efficaci.

A chi si occupa di questo settore sono tuttavia noti i problemi connessi alla menzione di tali studi nell'ambito della presentazione del prodotto.

Altro tema è quello dei test che vengono considerati necessari per potere effettuare rivendicazioni di efficacia.

Io credo che si renda necessario aprire un nuovo dibattito al termine del quale potrebbe rendersi opportuno rivedere taluni orientamenti giurisprudenziali.

b) Un altro esempio. La pubblicità dei giochi on line.

Dalla disamina dei precedenti si evince un rigore straordinario nella valutazione delle campagne relative a giochi on line, soprattutto se si tratti di giochi d'azzardo.

Il rigore è reso necessario dalla delicatezza del tema e dalle indubbie patologie che possono sorgere in capo ai giocatori assidui.

Detto ciò occorrerebbe che venissero individuate linee guida chiare.

Le decisioni in materia hanno censurato sia rappresentazioni di situazioni “stressanti” (giocatori molto concentrati), sia rappresentazioni di situazioni “leggere” e di gioco, perché idonee a creare l'illusione di facili vincite.

E' necessario in sostanza evitare tutti gli stilemi accattivanti: la competizione, l'adrenalina, la passione per il gioco, gli ambienti raffinati in cui farlo.

Mi chiedo dunque se sia possibile di fatto fare comunicazione in questo campo, altra da quella istituzionale che abbia ad oggetto il solo marchio e niente di più.

Ho parlato di questi due temi per provocare una riflessione con la consapevolezza che forse non vi sia una soluzione o meglio che non possa esserci una soluzione.

E non a caso sono due casi molto diversi.

Uno relativo ad un settore “antico”, quello della cosmesi, nel quale si comunica da sempre; l’altro ad un settore “nuovo”, il gioco online, in cui si comunica da poco. Un settore i cui problemi assomigliano molto a quello del settore degli alcolici, ma che ha profili di delicatezza superiori.

Le immagini di soggetti che bevono un alcolico divertendosi non è vietata, con i limiti noti a chi opera nel settore, più problematico è comunicare nel settore dei giochi on-line.

Grazie per l’attenzione.