

DELIBERA N. 184 /09/CSP

Ordinanza ingiunzione alla società Tot Toscana televisione s.r.l. (esercente l'emittente per la radiodiffusione televisiva in ambito locale "Telereporter sud") per la violazione dell'articolo 38, comma 7, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177

L'AUTORITA'

NELLA riunione della Commissione per i servizi e i prodotti del 23 settembre 2009;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 177 del 31 luglio 1997, supplemento ordinario n. 154/L;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, pubblicata nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 30 novembre 1981, n. 329;

VISTO il decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, pubblicato nel supplemento ordinario n. 150 della Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana - serie generale - del 7 settembre 2005, n. 208;

VISTA la legge 6 giugno 2008, n. 101 recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 132 del 7 giugno 2008;

VISTA la delibera n. 538/01/CSP del 26 luglio 2001, recante "*Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 183 dell' 8 agosto 2001 e successive modificazioni e integrazioni;

VISTA la delibera n. 136/06/CONS, recante "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 31 marzo 2006, n. 76 e successive modificazioni ed integrazioni;

VISTO l'atto della Direzione contenuti audiovisivi e multimediali di questa Autorità – cont. n. 39/09/DICAM/PROC. 1779/ZD - datato 12 maggio 2009 e notificato in data 21 maggio 2009, con il quale è stata contestata alla società Tot Toscana Televisione S.r.l., esercente l'emittente televisiva locale Telereporter Sud, la violazione della disposizione contenuta nell'art. 38, comma 7, d.lgs. 177 del 2005, in quanto, riguardo alla programmazione televisiva diffusa il giorno 17 dicembre 2008, è stato riscontrato quanto segnalato dalla Guardia di Finanza – Comando Nucleo Speciale per la Radiodiffusione e per l'Editoria (prot. n. 27328) in data 1 aprile 2009, ossia che "*il tempo massimo di trasmissione quotidiana dedicato alla pubblicità, comprendendo oltre agli spots anche le televendite/telepromozioni ha raggiunto un limite corrispondente al 46,74% superando quindi del 6,74% il limite massimo consentito dall'art. 38, comma 7 del Decreto legislativo 177/2005*";

RILEVATO che la parte, nel presentare memoria difensiva (prot. n. 49112), in data 22 giugno 2009, e nel richiedere l'archiviazione del procedimento sanzionatorio in questione, ha specificato che:

- a) *le erronee conclusioni del Nucleo Speciale per la Radiodiffusione e per l'Editoria della Guardia di Finanza.....derivano sia dalla equiparazione delle televendite con le*

telepromozioni sia soprattutto dalla ricomprensione nella pubblicità delle televendite”; quanto al primo aspetto mentre nel già citato riepilogo finale dell’allegato si fa riferimento a televendite / telepromozioni, nell’elenco analitico delle trasmissioni andate in onda si citano unicamente oltre gli spots tutta una serie di televendite senza nessun riferimento ad alcuna telepromozione”; quanto al secondo aspetto Codesta Onorevole Autorità dà atto nelle premesse della contestazione di aver visto fra l’altro, sia il decreto legislativo n. 177/2005 sia la delibera n. 538/01/CSP [...]; infatti, la delibera n. 538/01/CSP “ contiene già nella propria intestazione una netta distinzione fra la categoria generale della pubblicità e la tipologia specifica delle televendite risultando infatti intitolato come Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite”; è incontrovertibile che mentre sia gli spot pubblicitari che le telepromozioni vengono espressamente qualificate come forma di pubblicità la definizione delle televendite non riporta tale allocuzione”;...la mancata ricomprensione della televendita quale offerta diretta trasmessa al pubblico fra le forme di pubblicità porta ad escludere che le televendite possano rientrare nel limite di affollamento pubblicitario come determinato dalla norma oggetto di contestazione;.....un dubbio potrebbe far sorgere l’ultima parte del più volte citato art. 38, comma 7, d.lgs. 177/05 ove si enuncia il principio secondo il quale il limite del 40 per cento non si applica alle emittenti ed ai fornitori di contenuti in ambito locale che si siano impegnati a trasmettere televendite per oltre l’80 per cento della propria programmazione essendo evidente l’assurdità di tale specifico dettato che porterebbe addirittura ad ipotizzare la messa in onda di trasmissioni televisive per oltre il 120% dell’orario giornaliero dell’intera programmazione”;

- b) *“in ogni caso vertendosi in materia di provvedimenti sanzionatori eventuali dubbi interpretativi dovrebbero essere risolti applicandosi il principio del favor rei”;*

CONSIDERATO che quanto eccepito dalla parte con la predetta memoria difensiva non possa essere accolto, in quanto:

- dall’analisi della registrazione dei programmi televisivi andati in onda in data 17 dicembre 2008, si è rilevato che *“il tempo massimo di trasmissione quotidiana dedicato alla pubblicità comprendendo oltre agli spots anche le televendite / telepromozioni ha raggiunto un limite corrispondente al 46,74% superando quindi del 6,74%”* quello previsto dall’art. 38, comma 7 citato;
- sull’emittente grava una responsabilità di controllo sul contenuto dei programmi trasmessi, compresa la pubblicità, e di verifica della conformità degli stessi alla normativa vigente;
- riguardo al primo punto della memoria difensiva sopra riportato, dal combinato disposto degli artt. 1, lett. c) e lett. f) e 18 della Direttiva 97/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive direttiva **89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989 nonché** dalla disposizione stessa contenuta nell’art. 38, comma 7 del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, già art. 8, comma 9 ter, legge 223/90, il *“ tempo massimo di trasmissione quotidiana dedicato alla pubblicità”* deve essere applicato anche alle *“ altre forme di pubblicità di cui al comma 6, come le offerte fatte direttamente al pubblico”*, ossia alle televendite e a tutte le altre forme di pubblicità televisiva. Tale assunto è sostenuto, tra l’altro, dalla giurisprudenza comunitaria, nonché nazionale: per la Corte giustizia Comunità europee (12-12-1996, n. 320, 328, 329, 337, 338/94) l’espressione «forme di pubblicità come le offerte fatte direttamente», di cui all’art. 18, nella disciplina comunitaria riveste, per quanto attiene alla possibilità di elevare in termini percentuali il limite massimo di affollamento pubblicitario giornaliero, carattere esemplificativo, con la conseguenza che essa può parimenti riguardare altre forme di pubblicità quali le «telepromozioni», che, al pari delle «offerte fatte direttamente al pubblico», ossia le

televendite necessitano, in considerazione delle loro modalità di presentazione, di una durata più lunga rispetto agli spot pubblicitari. Il giudice amministrativo (T.a.r. Lazio sez. II, ordinanza 07-12-1994, n. 1510; T.a.r. Lazio, sez. II [ord.], 11-11-1994, n. 1418) ha sostenuto che la televendita è pubblicità e, comunque soggetta ai limiti di affollamento pubblicitario giornaliero, sia nell'ipotesi in cui l'espressione «forme di pubblicità come le offerte fatte direttamente al pubblico», nell'ambito della disciplina comunitaria - ai fini dell'elevabilità del tetto di affollamento pubblicitario – assuma carattere meramente esemplificativo e tale da ricomprendere anche altre forme promozionali, diverse dagli spot pubblicitari, quali le c.d. telepromozioni, che pur non contenendo offerte al pubblico potrebbero, per talune loro caratteristiche intrinseche essere a queste assimilate, sia nel caso in cui l'espressione suddetta rivesta carattere esplicativo delimitativo nel senso che la possibilità di innalzamento del limite di affollamento pubblicitario giornaliero sarebbe ricollegabile solo alle offerte al pubblico in senso proprio e non anche a forme di pubblicità, quali le telepromozioni, proprio in quanto prive, quest'ultime, dell'elemento qualificante dell'offerta; il giudice di merito (Pretore di Milano sentenza n. 2262 del 20 giugno 1995), poi, pronunciandosi su di una opposizione ad un'ordinanza-ingiunzione emessa dal Garante per l'editoria e la radiodiffusione nei confronti di una società che, nel corso di trasmissioni televisive concernenti le offerte dirette al pubblico, non ha rispettato le prescrizioni di cui al d.m. 9 dicembre 1993 n. 581 in tema di limitazioni della comunicazione promozionale, di illustrazione dei prodotti e di durata minima di tre minuti, ha annullato il provvedimento opposto sulla scorta della seguente ratio decidendi, affermando che l'illecito amministrativo contestato non sussiste in virtù del fatto che non è possibile distinguere con certezza, sul piano giuridico positivo, la nozione di televendita da quella di pubblicità televisiva: anche la prima rappresenta, ancorché in via mediata, una forma di pubblicità televisiva. (*“la televendita non può essere qualificata come mera operazione di vendita, essendo necessariamente anche pubblicità, e ciò per il semplice fatto che qualsiasi soggetto, vedendo apparire sullo schermo un determinato prodotto, anche se prima non aveva pensato di acquistarlo, anche se in quel preciso istante non vuole telefonare o non trova la linea libera, potrebbe essere stimolato a cercarlo e ad acquistarlo altrove”*; 3) *sia perché, se ogni televendita ha un contenuto anche pubblicitario, la stessa ha un duplice scopo: la vendita come fine immediato, la pubblicità come fine mediato, ma non perciò dissimulato*); la giurisprudenza di legittimità (Cassazione civile, sez. I, 1 settembre 1997, n. 8313), inoltre, sostiene che *“l'intento della direttiva del 1989,.....sia stato quello di inserire anche le imprese esercenti televendite nell'ambito della regolamentazione generale dei limiti quantitativi della pubblicità ... ”*); infine, anche il Consiglio di Stato – sez. II, con il parere 2418/2001, ha sostenuto che il limite giornaliero viene elevato per le pubblicità che ricomprendono anche forme di messaggi pubblicitari non tradizionali, come le televendite. Tali argomentazioni trovano conforto, anche, in dottrina – in tal senso F. Prezioso *“ Le inesauribili realtà della pubblicità promozionale”* in Giur. Cost. 1999, I, 429 e Aldo Ceccherini *“Cassazione civile , 13 Dicembre 2001, n. 15747 sez. I Pubblicità televisiva, televendite e audiotex. Giust. civ. 2002, 10, 2492”*– secondo cui la televendita rispetto allo spot ha *“ uno scopo immediato e diretto di negoziazione”*“ e *“ un effetto indiretto ulteriore di promozione pubblicitaria”*, nonché *“ le televendite [...] hanno indubbia rilevanza ai fini della disciplina dei tetti pubblicitari nelle trasmissioni radiotelevisive. L'art. 18, richiamato, disciplina poi i limiti quantitativi giornalieri ed orari; e in quest'ambito le televendite sono regolate specificatamente”*;

- riguardo al secondo punto della memoria difensiva sopra riportato, il richiamo del principio del favor rei operato dall'emittente in questione, senza specificare, tra l'altro, se da intendersi nelle sue manifestazioni di abolitio criminis ovvero di successione di legge più favorevole, non è pertinente alla fattispecie in esame: comunque, in applicazione del principio di legalità, ribadito per il diritto penale-amministrativo dall'art. 1 della legge n. 689

del 1981, per la sanzioni amministrative non trova applicazione la regola del *favor libertatis*, in quanto il legislatore ha introdotto il principio della irretroattività nell'applicazione delle norme che introducono sanzioni di carattere penale-amministrativo: corollario rilevante è l'irretroattività anche delle leggi più favorevoli successivamente emanate; in armonia con quanto già espresso dal Consiglio di Stato – parere n. 2418/2001 - e con le pronunce della Corte di Giustizia, “*ogni restrizione alla diffusione e distribuzione di trasmissioni televisive....., dev’essere interpretata nel senso più restrittivo, tale da limitare quanto più possibile, fra diverse interpretazioni normative limitative, i messaggi pubblicitari. Inoltre, la stessa Corte di Giustizia ha precisato come la tutela dei consumatori contro forme eccessive di pubblicità commerciale e il mantenimento della qualità dei programmi costituiscono motivi imperativi di interesse generale per imporre limitazioni alla libera prestazione dei servizi (C.Giust. 28 ottobre 1999, n. 6/98, ARD c. PRO Sieben ed altri)*”;

CONSIDERATO, pertanto, che i principi giurisprudenziali appena esposti non autorizzano senz’altro un’interpretazione delle disposizioni normative in materia nel suo senso più ampio e favorevole per il trasgressore, bensì una determinazione dell’esatto significato delle stesse ed una loro applicazione al caso concreto in un senso fortemente limitativo del messaggio pubblicitario in qualsiasi forma trasmesso, al solo scopo di impedire che si possano, così, ipotizzare forme di privilegio temporale in favore delle televendite o, comunque, delle altre forme di pubblicità televisiva sopra indicate;

RITENUTO che, pertanto, si riscontra da parte della società Tot Toscana Televisione S.r.l., esercente l'emittente televisiva locale Telereporter Sud il superamento dei limiti posti alla trasmissione di messaggi pubblicitari dall’art. 38, comma 7, del d.lgs. 177/05, oltre ogni ragionevole tolleranza, in data 17 dicembre 2008;

RITENUTA, pertanto, la sussistenza dei presupposti per l’applicazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 1033,00 (milletrantatre/00) a euro 25.823,00 (venticinquemilaottocentoventitre/00), ai sensi dell’art. 51, comma 2, lett. b) e 5 del decreto legislativo 31 luglio 2005 n. 177;

RITENUTO di dover determinare la sanzione per i fatti contestati nella misura del doppio del minimo edittale pari ad euro 2066,00 (duemilasesantasei/00), al netto di ogni altro onere accessorio, eventualmente dovuto, in relazione ai criteri di cui all’articolo 11 della legge 689/81, in quanto:

- con riferimento *alla gravità della violazione:*

la gravità del comportamento posto in essere dalla società sopra menzionata deve ritenersi media, tenuto conto delle circostanze della violazione consistente nella nell’aver dedicato più del 40 per cento della trasmissione quotidiana alla pubblicità, comprese altre forme di pubblicità di cui al comma 6 del citato art. 38 come le offerte fatte direttamente al pubblico;

- con riferimento *all’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o l’attenuazione delle conseguenze della violazione:*

la società non ha posto in essere un adeguato comportamento in tal senso;

- con riferimento *alla personalità dell’agente:*

la società, per natura e funzioni svolte, si presume supportata da strutture interne adeguate allo svolgimento delle proprie attività nel pieno rispetto del quadro normativo e regolamentare vigente;

- con riferimento *alle condizioni economiche dell’agente:*

le stesse si presumono tali da consentire l’applicazione della sanzione pecuniaria come sopra determinata;

VISTO l'art. 38, comma 7, d.lgs. 177/05;

VISTO l'art. 51, del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione contenuti audiovisivi e multimediali;

UDITA la relazione dei Commissari Sebastiano Sortino e Gianluigi Magri, relatori, ai sensi dell'art. 29 del Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell' Autorità;

ORDINA

alla società Tot Toscana Televisione S.r.l., esercente l'emittente televisiva locale Telereporter Sud, con sede in Milano, via Mambretti 9, di pagare la sanzione amministrativa di euro 2066,00 (duemilasesantasei/00), al netto di ogni altro onere accessorio, eventualmente dovuto, al netto di ogni altro onere accessorio, eventualmente dovuto

INGIUNGE

alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, utilizzando il c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2380, capo X, bilancio di previsione dello Stato o mediante bonifico bancario utilizzando il codice IBAN n. IT 42H 01000 03245 348 0 10 2380 00, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 184/09/CSP*", entro trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'articolo 27 della citata legge n. 689/81.

Entro il termine di dieci giorni dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento.

Ai sensi dell'articolo 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive modificazioni ed integrazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

Roma, 23 settembre 2009

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Sebastiano Sortino

IL COMMISSARIO RELATORE

Gianluigi Magri

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola