

DELIBERA N. 305/09/CONS

Ordinanza - Ingiunzione alla società Calypso srl ai sensi dell'articolo 2, comma 20, della legge 14 novembre 1995, n. 481 per la violazione dell'art. 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR.

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 4 giugno 2009;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", ed in particolare l'art. 1, comma 6, lettera c), n.14;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "*Modifiche al sistema penale*";

VISTO il regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS, (di seguito, "*il regolamento in materia di procedure sanzionatorie*");

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 9/03/CIR, del 3 luglio 2003, recante "*Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 177 del 1 agosto 2003;

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 30/08//DIT del 24 ottobre 2008, notificato il successivo 22 gennaio 2009, con il quale è stata contestata alla società Calypso S.R.L., con sede legale in Palermo (91100), Via Marchese Villabianca 163, la violazione dell'art. 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR, per aver pubblicizzato con scritte in sovrapposizione nel corso dei programmi della emittente satellitare "BIO TV", dalle ore 16.10 del 30/11/07 alle ore 22.00 del 01/12/07, le numerazioni 899106010, 899106020, 899106090, 899199350, senza alcuna indicazione del costo, della durata e della tipologia del servizio offerto,

condotte sanzionabili ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481;

VISTA la memoria difensiva della società Calypso S.r.l., pervenuta in data 3/03/09e registrata al numero di protocollo n. 16382/2009;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società Calypso S.r.l. ritiene che la contestazione dell'Autorità sia ingiustificata per i seguenti motivi:

1 – Violazione del termine di cui al combinato disposto degli artt. 5, comma 4, della Delibera 136/06/CONS e 14, commi 2 e 3, della Legge 14.11.1981 n. 689 – Tardività della contestazione: Ai sensi e per gli effetti di cui alle disposizioni sopra indicate, "... l'atto di contestazione deve essere notificato al trasgressore entro novanta giorni dal completo accertamento del fatto...".

Orbene, stando alle indicazioni contenute in seno verbale di accertamento n. 38/08 del 11.11.2008 e così come attestato da parte del Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza, Servizio Polizia Postale e delle Comunicazioni con nota Cat. 89/19/F - Prot. 784/08, i fatti oggetto di contestazione risulterebbero esser stati commessi in data 30.11.2007, e dunque oltre un anno addietro.

Ad otto mesi di distanza le risultanze del suddetto monitoraggio risultano esser state formalmente comunicate all'indirizzo dell'AGCOM in data 30 luglio 2008, complete di ogni risultanza ed accertamento utili alla immediata contestazione.

Appare evidente, pertanto, come proprio da tale data non possa che farsi decorrere il termine di novanta giorni entro il quale si sarebbe dovuto procedere a notifica della formale contestazione della violazione nei confronti della deducente: termine che risulta esser spirato in data 28 ottobre 2008.

La notifica del provvedimento in questione risulta esser pervenuta presso la Società interessata soltanto in data 17.11.2008 e, quindi, tardivamente.

Né può utilmente esser invocata da parte dell'Autorità la necessità di ulteriormente istruire le segnalazioni pervenute da parte della Polizia Postale, atteso che la residua attività istruttoria in ordine alle citate segnalazioni non si presentava affatto complessa né bisognevole di accertamenti e/o approfondimenti tali da non risultare compatibili con il rispetto del termine di legge.

In ragione di quanto sopra, la società Calypso chiede l'archiviazione del procedimento.

2 – Violazione dell'art. 3 della Legge 24.11.1981 n. 689 – Buona fede dell'agente – Difetto dell'elemento soggettivo – Unicità della contestata violazione. La condotta illecita costituente oggetto di violazione appare prima *facie* imputabile a mero disguido

e/o malfunzionamento di natura tecnico/strumentale e, quindi, a responsabilità meramente omissiva della Società Calypso.

Appare evidente, nella specie, l'assoluto difetto di elemento soggettivo alcuno da parte della società Calypso in relazione alla commissione della contestata violazione: nessuna azione cosciente la stessa ha commesso in relazione al suddetto illecito, né tantomeno essa ha volontariamente dato luogo a violazione dei precetti di legge in materia.

Nella specie si è trattato, infatti, di un unico ed occasionale disguido in cui da allora la Società Calypso non è più caduta.

Disguido che, seppur astrattamente imputabile a carico della predetta Società a titolo di omissione per culpa in vigilando, in realtà appare direttamente sussumibile sotto l'area di operatività dell'istituto esimente della buona fede, atteso che non v'era fondata ragione per la Società "Calypso" di ritenere che l'apparecchiatura dedicata alle sovrimpressioni dovesse formare oggetto di costante monitoraggio.

L'attività di controllo cui a far data dalla conoscenza dei fatti oggetto del procedimento la società Rosat ha stabilmente destinato parte del proprio organico, così radicalmente eliminando per il futuro l'eventualità del ripetersi della condotta censurata.

In ogni caso, si evidenzia come la condotta oggetto di contestazione abbia rappresentato una unica violazione della normativa vigente in materia.

Si osserva, al riguardo, come la pretesa violazione si sia sostanziata nella messa in onda di un unico messaggio promozionale nel corpo del quale risultavano contestualmente pubblicizzati i n. 4 codici di cui all'atto di contestazione, da cui non potrebbe che legittimamente conseguire l'irrogazione di una sola sanzione amministrativa.

3 – Violazione dell'art. 8 della Legge 24.11.1981 n. 689 – Illegittima disapplicazione del regime del cd. cumulo giuridico. La società Calypso sostiene che l'atto di contestazione si presenta manifestamente viziato quanto alla deliberata – per quanto immotivata – disapplicazione del regime del cumulo giuridico dettato all'art. 8 della L. 689/81

II. Valutazioni dell'Autorità in merito alle deduzioni di Rolsat S.r.l..

Le eccezioni sollevate dalla società sono parzialmente accolte per le seguenti motivazioni.

Con riferimento all'eccezione sub 1), dunque all'asserita illegittimità della contestazione per la mancata osservanza dei termini perentori previsti per la notificazione degli estremi della violazione, si evidenzia in questa sede che la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 76, ed il relativo Allegato, recante il "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie", dispone che "L'atto di contestazione deve essere notificato al trasgressore, entro novanta giorni dal completo

accertamento del fatto ai sensi dell'art. 4, comma 6, con le modalità di cui all'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689". Nel caso di specie, la Polizia Postale delle comunicazioni ha provveduto a svolgere attività di monitoraggio relativamente alle trasmissioni dell'emittente satellitare "BIO TV". Deve, quindi, ritenersi che nella fattispecie de qua l'accertamento sia consistito nella qualificazione giuridica dei fatti, qualificazione compiuta dal Responsabile del procedimento all'atto dell'accertamento e della contestazione della violazione. Essendo, pertanto, coincisi i tempi di tali formalità (accertamento e contestazione avvenuti in data 11 novembre 2008), è di tutta evidenza che il termine perentorio di 90 giorni richiamato dalla società Calypso S.r.l. è stato in concreto rispettato. Si evidenzia, inoltre, che l'accertamento della violazione debba essere necessariamente collocato in epoca successiva a quella del monitoraggio effettuato dal nucleo di Polizia Postale e dell'acquisizione documentale compiuta dalla stessa per identificare i soggetti responsabili della condotta illecita che si è, infatti, rivelata quale fase propedeutica all'individuazione dei casi specifici in ordine ai quali instaurare un procedimento sanzionatorio.

Con riferimento al motivo indicato sub 2), si ritiene fondata l'eccezione circa l'unicità della condotta contestata in considerazione dell'arco temporale e del mezzo attraverso il quale la violazione del disposto dell'art. 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR è stata compiuta. Nel caso di specie la pubblicità delle numerazioni a sovrapprezzo, senza l'indicazione degli elementi prescritti dalla disposizione regolamentare citata, è stata commessa in un determinato giorno solare, il 30 novembre 2007 ed attraverso l'emittente satellitare denominata "BIO TV". Pertanto sarà considerata l'unicità della condotta ai fini della determinazione della sanzione.

Con riferimento poi alla circostanza che la violazione della norma sia stata determinata da errore scusabile e che non si dovrebbe ravvisare, quindi, l'intenzionalità nella condotta posta in essere dalla società Calypso S.r.l., basti rilevare che la condotta contestata da quanto dichiarato dalla stessa è venuta a cessare destinando proprie risorse di personale al monitoraggio delle pubblicità dei propri servizi a valore aggiunto trasmesse sulle emittenti satellitari, compresa quella oggetto di monitoraggio da parte della Polizia Postale. Peraltro la stessa società ammette una colpa in vigilando e in ogni caso, si rileva che la pubblicità dei numeri a sovrapprezzo viene effettuata dall'emittente satellitare utilizzando i format ed i supporti forniti dalla stessa Calypso S.r.l.. Pertanto la condotta, differentemente da quanto dedotto dalla predetta società è commissiva oltre ad essere omissiva di attività di vigilanza, ravvisando, pertanto in tale comportamento intenzionalità della condotta.

Con riferimento al motivo sub 3) esso è assorbito dall'accoglimento del motivo precedente.

RITENUTO che la responsabilità dei fatti in esame deve essere ascritta integralmente ed in via esclusiva alla società Calypso S.r.l., fornitrice del servizio oggetto della pubblicità illegittima;

RITENUTO, pertanto, che ricorrono i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 2, comma 20, lettera c, della legge 14 novembre 1995, n. 481, da determinarsi tra un minimo di € 25.823,00 ed un massimo di € 154.937.070,00;

CONSIDERATO che le violazioni accertate dell'art. 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR risultano compiute dalla società Calypso S.r.l. in un unico giorno solare ed attraverso un'unica emittente satellitare.

RITENUTO, in considerazione di tali elementi ed in particolare dell'elemento temporale, il carattere unitario per tutte le violazioni del verbale di accertamento n. 37/08;

CONSIDERATO quanto segue ai fini della irrogazione della sanzione e della sua quantificazione:

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la società Calypso S.r.l. ha violato la disposizione di cui all'articolo 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR cagionando pregiudizio per l'utenza del servizio a sovrapprezzo sulle numerazioni 899106010, 899106020, 899106090, 899199350, in quanto pubblicizzate senza indicazione del prezzo del servizio;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, la società Calypso S.r.l. ha implementato, attraverso le proprie risorse di personale un'intensa attività di monitoraggio delle trasmissioni delle emittenti satellitari attraverso le quali pubblicizza le proprie numerazioni a sovrapprezzo e corretto gli stessi messaggi pubblicitari rendendoli conformi al disposto regolamentare;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Calypso S.r.l. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire l'assolvimento dell'obbligo di cui all'articolo 5, comma 3, della delibera 9/03/CIR, anche con riferimento agli impegni assunti con le società "Decatel S.r.l." e "Karupa S.p.A." nei contratti di cessione delle numerazioni sopra indicate;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, si evidenzia che la società Calypso S.r.l. ha registrato, nel bilancio di esercizio, una perdita netta superiore ad euro 300.000,00 (trecentotrentamila/00).

RITENUTO, per quanto sopra esposto, di dover determinare la sanzione pecuniaria, per la violazione summenzionata, nella misura pari al doppio del minimo edittale, previsto dall'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481, equivalente ad Euro 51.646,00 (cinquantunomilaseicentoquarantasei/00), in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori e gli atti del procedimento sanzionatorio;

SENTITA la relazione dei Commissari relatori Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, ai sensi dell'art. 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società Calypso S.r.l., con sede legale in Palermo (91100), Via Marchese di Villabianca n. 163, il pagamento di Euro 51.646,00 (cinquantunomilaseicentoquarantasei/00), per la violazione contestata, così come in motivazioni individuate, quale sanzione amministrativa pecuniaria irrogata ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

DIFFIDA

la società Calypso S.r.l.. dal porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'articolo 5, comma 3, della delibera 9/03/CIR;

INGIUNGE

alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – Delibera n. 305/09/CONS*", entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'art. 27 della citata legge 24 novembre 1981, n. 689.

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "Delibera n. 305/09/CONS".

Ai sensi dell'art. 9 del decreto legislativo 259/2003, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Ai sensi dell'art. 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 60 giorni dalla notifica del medesimo.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Roma, 4 giugno 2009

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola