



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 376/16/CONS

**ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO NEI CONFRONTI
DELLA SOCIETÀ SKY ITALIA S.R.L. PER LA PRESUNTA VIOLAZIONE
DELLE DISPOSIZIONI CONTENUTE NELL'ART. 44,
COMMA 3, DEL DECRETO LEGISLATIVO 31 LUGLIO 2005, N. 177**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 28 luglio 2016;

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*”;

VISTO il decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante “*Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*”, di seguito *Testo unico*;

VISTA la delibera n. 66/09/CONS, del 13 febbraio 2009, recante “*Regolamento in materia di obblighi di programmazione ed investimento a favore di opere europee e di opere di produttori indipendenti*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 397/10/CONS, di seguito anche *Regolamento quote*;

VISTA la delibera n. 186/13/CONS, del 26 febbraio 2013, recante “*Regolamento concernente le modalità e i criteri di svolgimento della verifica degli obblighi di programmazione e investimento a tutela della produzione audiovisiva europea e indipendente e i criteri per la valutazione delle richieste di deroghe ai sensi dell’art. 3 del decreto legislativo 28 giugno 2012, n. 120*”, di seguito anche *Regolamento deroghe*;

VISTO il decreto del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo del 22 febbraio 2013, recante “*Cinema: quote di investimento finanziario e trasmissione riservate opere italiane*”, di seguito *Decreto*;

VISTA la delibera n. 410/14/CONS, del 29 luglio 2014, recante “*Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni e Consultazione pubblica sul documento recante Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*” come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 529/14/CONS, del 13 ottobre 2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

1. Fatto e contestazione

Con nota pervenuta in data 30 settembre 2014 (ns. prot. 50186), la società Sky Italia S.r.l (di seguito anche Sky o Società), ha comunicato per l'anno 2013 i seguenti dati valevoli ai fini della verifica del rispetto della quota stabilita dall'art. 44, comma 3, del *Testo unico*:

- [omissis]

Da un primo esame della documentazione trasmessa dalla società Sky, si rilevava la presenza di elementi di criticità in ordine all'esatta identificazione e quantificazione delle voci che concorrono a comporre la base di calcolo (i cd "introiti imponibili") per la realizzazione degli investimenti 2013, ai sensi dell'art. 44, comma 3, del *Testo unico*, anche in ragione del fatto che il Modello Q fornisce un dato aggregato per quanto riguarda gli investimenti.

Con nota del 4 agosto 2015 (ns. prot. n. 61640) la Direzione contenuti audiovisivi comunicava alla Società, ai sensi dell'art. 1, comma 4, del Regolamento allegato alla delibera n. 186/13/CONS, l'esigenza di acquisire ulteriori informazioni di dettaglio in ordine alle voci che concorrono a comporre gli introiti imponibili rilevanti per gli investimenti 2013 ai sensi dell'art. 44, comma 3, del *Testo unico*, formulando specifiche richieste a tal fine.

Con nota del 9 settembre 2015 (ns. prot. n. 65841), la società Sky provvedeva a dare riscontro alla richiesta di informazioni di cui alla summenzionata nota del 4 agosto 2015, fornendo i seguenti dati riferiti all'esercizio chiuso al 30 giugno 2012:

- [omissis]

Il 2 dicembre 2015, la Direzione provvedeva a notificare l'atto di contestazione per la presunta violazione dell'art. 44, comma 3, del *Testo unico* per l'anno 2013, rilevando che la metodologia contabile adottata per la valorizzazione dei ricavi afferenti alle offerte televisive a pagamento, non potesse essere ritenuta attendibile e comportasse un abbattimento rispetto ai ricavi elencati dall'art. 44, comma 3, del *Testo unico* tale da determinare il mancato raggiungimento della quota obbligatoria del 10% di investimenti in opere europee di produttori indipendenti.

2. Deduzioni della Società

La società Sky nelle memorie difensive presentate in data 23 dicembre 2015 e nell'audizione del 1 marzo 2016, ha chiesto all'Autorità di voler disporre l'archiviazione degli atti in riferimento al procedimento *de quo*, eccependo quanto segue.

Sotto un profilo sostanziale le sopracitate controdeduzioni hanno investito, in sintesi, i seguenti aspetti: i) la mancata tempestività della contestazione; ii) la metodologia di calcolo sino ad ora adottata da Sky; iii) la metodologia di calcolo utilizzata dall'Autorità per la determinazione della base imponibile.

Con riferimento al punto i), Sky ha eccepito la mancata osservanza del termine per l'espletamento della c.d. "attività preistruttoria", così come stabilito dall'art. 3 del regolamento allegato alla delibera n.529/14/CONS e individuato in 90 giorni decorrenti "da quanto gli Uffici hanno conoscenza formale degli fatti da verificare", nonché di quello relativo alla contestazione di pretesi illeciti amministrativi, di cui all'art. 14 della



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

legge n. 689/1981, individuato in “90 giorni dall'accertamento” della presunta violazione. Alla luce di quanto sovraesposto, sul punto in questione la Società ha rilevato che: *“Non può pertanto sussistere alcun dubbio in merito alla violazione, nella specie, dei termini normativamente previsti, sia per il compimento di attività preistruttorie (che si sarebbero protratte per 14 mesi!), sia comunque per la contestazione di pretesi illeciti amministrativi (intervenuta solo il 2 dicembre u.s.), con conseguente necessaria archiviazione del procedimento sanzionatorio in oggetto”*.

Con riferimento, poi, al punto ii), Sky rileva che l'Autorità *“pur avendo la piena consapevolezza da molto tempo dei criteri utilizzati da Sky per il calcolo della c.d. «base imponibile», mai ha sino ad ora contestato tale metodologia. Al contrario, in più di un'occasione l'Autorità ha sottolineato la correttezza dell'impostazione adottata da Sky e il raggiungimento o, talvolta, il superamento, da parte della stessa, delle soglie relative agli obblighi di investimento in opere europee di produttori indipendenti”*. Sul punto, poi la Società aggiunge che *“l'Autorità era certamente al corrente [...] che Sky include nella base di calcolo (specificamente per il rispetto degli obblighi di investimento di opere europee) i soli ricavi relativi all'attività di fornitore di servizi di media audiovisivi, come del resto previsto dall'art. 44 del TUSMAR e dal Modello Q [...], ed ancora che la Scrivente provvede a stimare i ricavi rilevanti per i predetti obblighi «sulla base di strumenti ed informazioni gestionali»[...] strumenti utilizzati da Sky sin dal 2003 e oggetto di verifica nel dettaglio da parte dell'Autorità sin dal 2012. La metodologia applicata nella specie è infatti identica a quella adottata negli anni per le altre varie dichiarazioni inviate all'Agcom[omissis]”*

Relativamente al profilo di cui al punto iii), invece, la Società rileva, in via preliminare che: *“[...] è del tutto erroneo, oltre che contraddittorio, il passaggio in cui l'Autorità afferma (pretendendo di fondare su tale premessa la contestazione in oggetto) che l'art. 44 comma 3 del TUSMAR individuerrebbe la «base imponibile» nella «generalità dei ricavi riconducibili all'attività di fornitore di contenuti audiovisivi» (1° "CONSIDERATO" di p. 5 dell'atto di contestazione). Al contrario, la disposizione individua distintamente e specificamente i singoli introiti che possono rientrare nella cd. base imponibile e pone altresì il prerequisite che essi siano riconducibili all'attività di fornitore di servizi di media audiovisivi [...]. Di conseguenza, è chiaro che nel presente procedimento incombe sull'Autorità l'onere di dimostrare, con tutto il necessario rigore, che, in relazione agli introiti che l'Autorità pretende di assoggettare agli obblighi di investimento in esame, ricorrono tutti i requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo richiesti dalla norma [omissis]. Infatti, per poter assoggettare determinati introiti agli obblighi investimento è indispensabile che si dia preventivamente la prova (positiva) della ricorrenza di tutti i presupposti normativi soggettivi ed oggettivi per l'inclusione degli stessi introiti nella «base imponibile», non essendo sufficiente - per quanto detto - un mero ragionamento presuntivo o a contrario, come quello proposto dall'Autorità nella contestazione in oggetto. [omissis]”*.

Sempre con riferimento alla metodologia di calcolo adottata dall'Autorità nell'atto di contestazione, Sky, inoltre, eccepisce l'erroneità dei seguenti profili. [omissis].



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

3. Valutazioni dell'Autorità

L'Autorità, sulla scorta delle argomentazioni esposte dalla società Sky nelle proprie memorie, ritiene di svolgere le seguenti valutazioni conclusive:

3.1. Sulla decorrenza del termine di decadenza di cui all'art. 14, comma 2, della legge n. 689/1981 per la notifica dell'atto di contestazione

Il termine di novanta giorni, fissato dall'art. 14, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689 per la tempestività della contestazione decorre, come stabilito dalla stessa norma, dall'accertamento dell'infrazione avvenuto, nel caso di specie, in data 9 settembre 2015, contestualmente alla ricezione della nota (ns. prot. 65841), con la quale la società Sky ha fornito riscontro alla richiesta del 4 agosto, allegando la documentazione oggetto di approfondimento. Peraltro, nel caso dei procedimenti sanzionatori svolti dall'Autorità, un ulteriore termine per la tempestività della contestazione è stabilito dal Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni, per il quale l'espletamento dell'attività preistruttoria intesa all'acquisizione di ogni elemento necessario ai fini dell'avvio del procedimento deve concludersi entro il termine di novanta giorni dalla data in cui gli Uffici hanno conoscenza formale dei fatti da verificare. Nel caso di specie, ai fini dell'accertamento della sussistenza di una condotta rilevante per l'avvio del procedimento sanzionatorio si è reso necessario lo svolgimento di verifiche finalizzate all'individuazione della violazione ed alla qualificazione giuridica della fattispecie, attività che si sono concluse con la notifica della contestazione nei confronti della società Sky per la presunta violazione delle disposizioni contenute nell'art. 44, comma 3, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, notifica avvenuta in data 2 dicembre 2015 e pertanto nel termine di novanta giorni dalla conoscenza dei fatti avvenuta con la ricezione della nota in data 9 settembre 2015.

3.2. Metodologia di calcolo della base imponibile

In via preliminare, appare opportuno rilevare che il Testo unico individua il soggetto sul quale ricadono gli obblighi di cui all'art. 44, comma 3, nell'emittente televisiva ovvero nel fornitore di servizi di media audiovisivi lineari, la cui definizione viene fornita alla *lett. b)* dell'art.2, comma 1 dello stesso Testo unico, laddove identifica il fornitore di servizi di media come *“la persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e ne determina le modalità di organizzazione [...]”*. Tale definizione esclude, tuttavia, *“le persone fisiche o giuridiche che si occupano unicamente [enfasi aggiunta] della trasmissione di programmi per i quali la responsabilità editoriale incombe a terzi”*.

Tuttavia, la società Sky Italia S.r.l. risulta essere un unico soggetto, e dunque un'unica persona giuridica, che esercita sia attività editoriali, come fornitore di servizi di media audiovisivi, sia attività di trasmissione di programmi, in qualità di operatore di piattaforma. In assenza di una separazione tra le due tipologie di soggetti, a livello societario o anche a livello contabile, che consenta di distinguere con precisione il soggetto giuridico cui è riconducibile la responsabilità editoriale da quello che si occupa della gestione della piattaforma, ai sensi dell'art. 2, comma 1, *lett. b)*, del Testo unico, richiamato in precedenza, risulta pertanto complessa l'attribuzione delle attività e dei relativi ricavi.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Occorre inoltre considerare che la piattaforma Sky ospita sia canali editi dalla società che canali editi da soggetti terzi: ne consegue che, in qualità di operatore di piattaforma, Sky si occupa sia della trasmissione di programmi della cui organizzazione editoriale essa stessa è responsabile, sia di programmi per i quali la responsabilità incombe a terzi. Laddove, per ipotesi, la piattaforma Sky accogliesse unicamente canali di operatori terzi, la sua attività sarebbe limitata unicamente a quella di operatore di piattaforma per la trasmissione di programmi, e conseguentemente, non rispondendo più alla definizione di fornitore di servizi di media audiovisivi, i ricavi generati da questa attività sarebbero certamente esclusi dagli introiti netti annui di cui all'art. 44, comma 3, del *Testo unico*.

La rigorosa applicazione delle disposizioni recate dal Testo unico nella materia in esame risulta dunque particolarmente complessa in considerazione del duplice ruolo svolto da Sky Italia S.r.l..

Un sistema di valorizzazione dei ricavi in un mercato in continua evoluzione come quello di riferimento, caratterizzato da offerte sempre più articolate e integrate, inserito in un contesto normativo soggetto a revisioni periodiche - nell'ultimo biennio è stato oggetto di processi di revisione sia a livello comunitario che nazionale - deve necessariamente seguire tale evoluzione e non può rimanere immutato nel tempo. Pur nella consapevolezza di dover garantire certezza agli operatori nell'applicazione delle disposizioni di legge, è indubbio che l'attività del regolatore postula l'esigenza di registrare e tenere conto di tali evoluzioni, adeguando la propria azione conseguente.

Giova peraltro evidenziarsi come l'Autorità, nel prendere atto del mutamento di contesto, abbia ritenuto di segnalare al Governo la necessità di una revisione dell'attuale quadro normativo.

Come illustrato, il quadro normativo di riferimento e l'assetto societario e, di riflesso contabile, di Sky rendono difficoltosa l'individuazione puntuale, ovvero "matematica", della base imponibile della Società, la quale quindi non può che esser frutto di un'operazione extra-contabile. [omissis].

[omissis]. Pertanto, alla luce dei rilievi sopra riportati, tale metodologia risulta basata su criteri di estrema semplificazione a fronte della necessità di individuare, la base imponibile su cui calcolare gli investimenti, [omissis].

Per quel che attiene la voce inerente l'attività di piattaforma, appare necessario procedere ad una sua ponderazione, anche al fine di rendere la struttura dei ricavi c.d. imponibili di Sky in linea con la duplice natura (editore e piattaforma) che sulla stessa insiste.

Con riferimento alle attività editoriali [omissis] esistono parametri più oggettivi per effettuare questa ponderazione, [omissis].

L'Autorità si riserva di procedere alla compiuta definizione, a valle della conclusione del presente procedimento del metodo di calcolo con cui valorizzare la base imponibile di Sky e di quelle società che dovessero presentare le medesime caratteristiche aziendali e societarie. Tale metodo sarà applicabile solo per le verifiche successive alla sua approvazione.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

3.3. Sul legittimo affidamento e sulla validità della metodologia di calcolo adottata sino ad ora dalla società Sky Italia S.r.l.

Quanto alle argomentazioni svolte dalla Società sul tema del “legittimo affidamento”, le stesse appaiono meritevoli di accoglimento alla luce degli indirizzi formulati dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

Sul punto, vale rilevare come i principi del giusto procedimento amministrativo richiamati dalla legge n. 241/90 impongono all’amministrazione doveri di efficienza, economicità e trasparenza tutelando, in particolare, ogni situazione giuridica realizzatasi consequenzialmente al comportamento della Pubblica Amministrazione che ha suscitato nel terzo un ragionevole affidamento in un determinato risultato.

Nel caso di specie, la mancata contestazione, per gli anni precedenti, da parte dell’Autorità di profili di criticità nella metodologia di calcolo della c.d. base imponibile sino ad ora adottata da Sky, ha ingenerato nella stessa il convincimento che la propria lettura del quadro normativo fosse condivisa dall’Autorità.

RITENUTO, pertanto, alla luce dei richiamati principi, che ricorrono nel caso di specie i presupposti che integrano e realizzano la fattispecie del legittimo affidamento;

RITENUTO, conseguentemente, di dover disporre l’archiviazione del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Martusciello, relatore ai sensi dell’art. 31 del *Regolamento concernente l’organizzazione ed il funzionamento dell’Autorità*;

DELIBERA

L’archiviazione del procedimento per le motivazioni di cui in premessa.

La presente delibera è notificata alla società Sky Italia S.r.l. ed è pubblicata sul sito *web*. dell’Autorità.

Roma, 28 luglio 2016

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Martusciello

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi