

DELIBERA N. 5 /10/CSP

Ordinanza ingiunzione alla società radiotelevisione di Campione s.p.a. (emittente televisiva operante in ambito locale “Telecampione”) 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 27 gennaio 2010;

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. 100/09/DICAM/PROC. 2013/ZD - datato 18 settembre 2009 e notificato in data 28 settembre 2009, con il quale è stata contestata alla società Radiotelevisione di Campione S.p.A., esercente l'emittente televisiva operante in ambito locale, denominata Telecampione, con sede in Campione d'Italia (CO), piazza Milano, 4, la violazione dell’art. 38, comma 7, del D.lgs. 31 luglio 2005 n. 177, , in quanto l'emittente in questione, nel corso della programmazione televisiva andata in onda in data 29 maggio 2009, *“ha superato [...] la c.d. soglia di affollamento percentuale quotidiana fissata al 40% per la radiodiffusione in ambito locale”*, avendo irradiato messaggi pubblicitari e televendite per l'87,74% delle forme di comunicazione promozionale irradiate;

RILEVATO che la parte, nel presentare tardivamente, in data 23 novembre 2009, (prot. n. 87518) rispetto al termine di gg. 30 previsto dall’atto di contestazione sopra menzionato, memoria difensiva in ordine ai fatti contestati e contestuale istanza di audizione, nel chiedere l’archiviazione del procedimento sanzionatorio in esame, ha eccepito:

- a) sul piano formale la mancata allegazione della relazione della Guardia di Finanza e del verbale di accertamento;

- b) l'impossibilità *“di verificare il contenuto delle trasmissioni effettivamente andate in onda, date il tempo trascorso (oltre quattro mesi) tra il giorno oggetto di contestazione e la notifica della contestazione stessa”*, essendo decorso il periodo di 90 giorni posto per l'obbligo di conservazione;
- c) la tardività della contestazione e la lesione del diritto di difesa;
- d) nel merito, l'errata qualificazione dei programmi contestati, in quanto *“sicuramente la programmazione andata in onda il 29 maggio 2009 ricomprendeva messaggi televisivi non aventi caratteristiche di messaggi pubblicitari, quali jingle, promo e messaggi no profit di cui al comma 10 del già citato art. 38 DL n. 177/05”* e inoltre *“che si appalesa illegittima la ricomprensione nella pubblicità delle televendite”*; sulla base sia del dato testuale che della collocazione delle relative disposizioni nel regolamento dell'Autorità di cui alla delibera n. 538/01/CSP e la conseguente esclusione delle televendite dal computo dell'affollamento pubblicitario e la conseguente esclusione dell'applicabilità dei limiti ex art. 38, comma 7 del d.lgs. 177/05 alle televendite;
- e) *“in ogni caso vertendosi in materia di provvedimenti sanzionatori eventuali dubbi interpretativi dovrebbero essere risolti applicandosi il principio del favor rei”*;

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

- dall'analisi della registrazione dei programmi televisivi andati in onda in data 29 maggio 2009, si è rilevato che l'emittente in questione *“ha superato [...] la c.d. soglia di affollamento percentuale quotidiana fissata al 40% per la radiodiffusione in ambito locale”*, avendo irradiato messaggi pubblicitari e televendite per l'87,74% delle forme di comunicazione promozionale in violazione dall'art. 38, comma 7 citato;
- riguardo al primo punto della memoria difensiva sopra riportato, l'atto di contestazione n. 100/09/DICAM, ai sensi dell'art. 5 della delibera n. 136/06/CONS e successive modifiche e integrazioni, contiene tutti gli elementi che concorrono all'identificazione e, quindi, alla rilevanza dell'atto stesso sul piano giuridico, ossia *“un'esposizione sommaria dei fatti”* comprensiva, nella parte iniziale del preambolo, delle risultanze degli accertamenti condotti dalla Guardia di Finanza con la specifica indicazione del tempo massimo di trasmissione oraria dedicato alla pubblicità stessa espresso in termini percentuali, l'indicazione del verbale di accertamento, datato 18 settembre 2009, *“della violazione accertata, del responsabile del procedimento e dell'ufficio”*, la possibilità per la parte di presentare memorie difensive o eventuali giustificazioni nonché motivata richiesta di audizione e di accesso agli atti del procedimento sanzionatorio; di conseguenza, la mancata allegazione del rapporto steso dalla Guardia di Finanza nonché del verbale di accertamento sopra menzionati, allegazione, tra l'altro, non richiesta in forza di alcuna disposizione regolamentare e, quindi, nel caso di specie, non necessaria, non ha impedito in concreto l'esercizio del diritto di difesa né ha pregiudicato il diritto di contraddittorio della parte, avendo avuto questa a disposizione tutti gli elementi in punto di fatto e di diritto sufficienti e necessari a presentare eventuali scritti difensivi; di conseguenza, la validità e l'efficacia dell'atto in esame si desumono anche dal fatto che, dalla mancata allegazione degli atti in questione non si è verificata, in concreto, alcuna conseguenza pregiudizievole per il destinatario e, in particolare, una limitazione all'*“esercizio dei diritti difensivi della scrivente società”*, dal momento che l'emittente stessa è stata posta in grado di presentare memoria difensiva e richiesta di audizione; riguardo a quest'ultimo punto, si fa presente che la parte, regolarmente convocata, in data 30 novembre 2009 (prot. n. 89126), non si è presentata in audizione il giorno 10 dicembre u.s., senza aver dato opportuno avviso adeguatamente motivato e documentato; inoltre, si precisa che il rapporto steso dalla Guardia di Finanza in questione, oltre a risultare chiaramente identificato nell'atto di contestazione e poter essere reso noto nella sua forma e sostanza alla società concessionaria in sede di accesso agli atti del procedimento, non si rende necessario a precisare l'atto di contestazione, dal momento che esso costituisce soltanto una segnalazione, ancorché qualificata, di ipotesi di violazione, il cui accertamento formale inteso come

motivata qualificazione giuridica dei fatti segnalati compete in base al Regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS e successive modifiche e integrazioni al Dirigente delegato della Direzione contenuti audiovisivi e multimediali – Ufficio contenuti e obblighi di programmazione; infine, riguardo all'impossibilità per la parte *“di verificare il contenuto delle trasmissioni effettivamente andate in onda, date il tempo trascorso (oltre quattro mesi) tra il giorno oggetto di contestazione e la notifica della contestazione stessa, non disponendo più delle registrazioni delle trasmissioni di tali giornate, registrazioni che devono essere conservate per 90 giorni, termine tra l'altro coincidente con quello di norma fissato per la notifica della contestazione”*, la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., sez. I, 28/12/1998, n.12848) sostiene che l'art. 20 comma 5 della legge n. 223 del 1990, nello statuire che i concessionari privati per la radiodiffusione televisiva in ambito locale *“sono.... tenuti a conservare la registrazione dei programmi per i tre mesi successivi alla data di trasmissione dei programmi stessi”* mira a consentire i controlli da parte di questa Autorità sul rispetto da parte dei concessionari stessi degli obblighi relativi alla programmazione anche come riscontro alle annotazioni settimanali dei dati relativi ai programmi trasmessi, effettuate nel registro obbligatorio istituito dal quarto comma dello stesso art. 20. Tenuto conto degli interessi di natura pubblicistica, tutelati dalla disposizione appena citata anche mediante la previsione di una specifica sanzione pecuniaria amministrativa per la sua violazione, non può esservi dubbio che, se, nel corso dei tre mesi di tenuta obbligatoria delle predette registrazioni, viene comunicato o notificato al concessionario un atto del procedimento sanzionatorio amministrativo in esame *“il termine trimestrale deve intendersi prorogato fino all'esito del procedimento di applicazione della sanzione in via amministrativa ed eventualmente in via giurisdizionale, essendo irragionevole interpretare la disposizione medesima in modo collidente con la sua ratio, proprio nell'ipotesi in cui il potere di vigilanza e controllo viene concretamente esercitato dall'autorità che ne è titolare. Ed anzi, in siffatta ipotesi, l'interpretazione “estensiva” dell'art. 20 comma 5, nel senso della proroga (del termine trimestrale) del dovere di tenuta delle registrazioni dei programmi [...] e che proprio in quanto meramente estensiva non collide con il principio di legalità affermato dall'art. 1 comma 2 della legge n. 689 del 1981 (il quale dispone che “le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati”), tenuto conto della natura di precetto amministrativamente sanzionato della disposizione de qua - risponde, a ben vedere, anche ad un preciso interesse del concessionario, nella misura in cui dalle registrazioni stesse possono trarsi anche elementi di giustificazione e difesa a favore di quest'ultimo nel procedimento amministrativo e giurisdizionale di applicazione della sanzione”*; in conclusione alla luce degli atti e dei fatti sopramenzionati, non si è impedito, pertanto, il corretto fluire dell'istruttoria, la completa valutazione degli elementi di fatto e di diritto ad opera del soggetto destinatario dell'atto di contestazione;

- riguardo al merito, 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 un'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 aveva 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”; 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 ricomprendano 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 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)”;

- 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;

CONSIDERATO che per le emittenti televisive in ambito locale il tempo massimo di trasmissione quotidiana dedicato alla pubblicità, qualora siano comprese altre forme di pubblicità, come le televendite, è portato al 40 per cento della propria programmazione;

RITENUTO che, pertanto, si riscontra da parte della società Radiotelevisione di Campione S.p.A., esercente l'emittente televisiva operante in ambito locale, denominata Telecampione, 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 29 maggio 2009;

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 (duemilasessantasei/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 che la disposizione violata – art. 38, comma 7, d.lgs. 177/05 – deve essere intesa in 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;

- 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 Radiotelevisione di Campione S.p.A., esercente l'emittente televisiva operante in ambito locale, denominata Telecampione, con sede in Campione d'Italia (CO), piazza Milano, 4,, di pagare la sanzione amministrativa di euro 2066,00 (duemilasessantasei/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.5/10/ 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.

Napoli, 27 gennaio 2010

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

