

DELIBERA N. 536/09/CONS

Ordinanza - Ingunzione 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 23 settembre 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. 22/09//DIT del 24 aprile 2009, notificato il successivo 12 maggio 2009, con il quale è stata contestata alla società Calypso S.r.l., con sede legale in Palermo (91100), Via P. Scaglione n. 87, la violazione dell'art. 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR, per aver pubblicizzato con scritte in sovraimpressione nel corso dei programmi della emittente televisiva denominata "La 9", nei giorni 1 e 3 agosto 2007 agli orari riportati nel verbale di accertamento, le numerazioni 899411434, 899170170, 899170100, 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 9 giugno 2009 e registrata al numero di protocollo n. 44749/09;

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 al verbale di accertamento n. 22/08 del 24.04.2009 e così come attestato da parte della Guardia di Finanza, Nucleo Speciale per la Radiodiffusione e l'Editoria, I Gruppo, 2ª Sezione con nota N. 22880 del 20/03/2009, i fatti oggetto di contestazione risulterebbero esser stati commessi nei giorni 1/08/2007 e 3/08/2007, e dunque quasi due anni addietro.

A circa 2 anni di distanza le risultanze del suddetto monitoraggio risultano esser state formalmente comunicate all'indirizzo dell'AGCOM in data 20 marzo 2009, complete di ogni risultanza ed accertamento utili alla immediata contestazione.

La notifica del provvedimento in questione risulta esser pervenuta presso la Società interessata soltanto in data 12.05.2009 e, quindi, tardivamente rispetto alla condotta perpetrata, in relazione alla quale la deducente non si trova oggi in condizione di poter efficacemente allestire alcuna difesa e/o fornire giustificazione di sorta.

D'altronde risulta pacifico in giurisprudenza che, quanto all'individuazione del momento iniziale di decorrenza del termine di cui all'art. 14 della L. 689/81, "*...non può incidere la condotta negligente o arbitraria della P.A., sicché il tardivo compimento di atti che quest'ultima avrebbe dovuto o potuto compiere tempestivamente non vale a spostare in avanti il dies a quo di decorrenza del termine di novanta giorni per la contestazione differita dell'infrazione...*".

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.

In ogni caso all'attività di controllo la deducente ha stabilmente destinato parte del proprio organico, a far data dalla conoscenza dei fatti oggetto del procedimento, così radicalmente eliminando per il futuro l'eventualità del ripetersi della condotta censurata.

Inoltre 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. 3 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 a tenore del quale *"...chi con una azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave aumentata fino al triplo"* in favore del ben più penalizzante regime del cumulo materiale.

La società Calypso S.r.l. evidenzia come nella fattispecie in esame si sia in presenza di un'unica violazione, seppur riferita a differenti risorse di numerazione, e quindi occorra in via subordinata invocare l'applicazione del regime del cumulo giuridico di cui al citato art. 8.

Ove nella condotta della deducente se ne intendano in effetti ravvisare molteplici, appare inevitabile la riconducibilità delle stesse sotto l'alveo della citata disposizione normativa.

Di conseguenza, la società Calypso S.r.l. chiede che il trattamento sanzionatorio in concreto applicato debba essere opportunamente rimodulato alla luce dell'applicazione del menzionato istituto.

Nel dare corso a siffatta rimodulazione, peraltro, richiede che l'Autorità non si esima dalla contestuale osservanza dei criteri per l'applicazione in concreto delle sanzioni amministrative pecuniarie dettati all'art. 11 della L. 689/81.

Nel far ciò quindi, la deducente invoca la propria buona fede, l'unicità della violazione contestata, la totale assenza di reiterazione della stessa, nonché lo sforzo posto in essere da parte della stessa al fine di impedirne l'ulteriore verificarsi.

In ultimo, nella quantificazione della sanzione da irrogare, la società Calypso S.r.l. chiede di tenere in adeguata considerazione la grave situazione finanziaria in cui versa.

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

Le eccezioni sollevate dalla società risultano parzialmente accoglibili per le seguenti motivazioni.

Con riferimento all'eccezione sub 1), relativa 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 il "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie", di cui alla delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS, 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 Guardia di Finanza, Nucleo Speciale per la Radiodiffusione e l'Editoria, ha provveduto a svolgere attività di monitoraggio relativamente alle trasmissioni dell'emittente televisiva "La 9". Successivamente la Guardia di Finanza ha dovuto identificare, attraverso le numerazioni, dapprima l'operatore di comunicazione elettronica titolare della numerazione, e successivamente il centro servizi, assegnatario della risorsa, che ha commissionato la pubblicità sulla citata emittente televisiva. Una volta compiuta tale attività la Guardia di Finanza ha trasmesso l'intera documentazione, completa di supporti magnetici, per la successiva attività della Direzione Tutela dei Consumatori. Alla luce di quanto detto deve 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 24 aprile 2009), 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 Speciale per la Radiodiffusione e l'Editoria 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.

Risulta dunque non accoglibile l'obiezione fondata sull'applicazione dell'art. 14 della L. 689/81, dal momento che non si configura alcun tipo di condotta negligente o arbitraria da parte di questa Autorità, essendo stati ampiamente rispettati i termini di legge.

Con riferimento al motivo indicato sub 2), si ritiene fondata l'eccezione circa l'unicità della condotta contestata, limitatamente all'arco della singola giornata di trasmissione, in considerazione 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 2 distinti giorni

solari, il 1° ed il 3 agosto 2007, ed attraverso l'unica emittente televisiva denominata "La 9". Pertanto sarà considerata l'unicità della condotta *pro die* 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 televisive, compresa quella oggetto di monitoraggio da parte della Guardia di Finanza, ammettendo così la stessa Società una propria *culpa in vigilando*. 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 in parte assorbito dall'accoglimento del motivo precedente.

In ultimo si terrà conto nella determinazione del *quantum* della sanzione della situazione finanziaria e contabile in cui versa la società Calypso S.r.l., che nell'ultimo bilancio di esercizio ha registrato una notevole perdita pari a circa euro 300.000,00.

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 due distinti giorni solari ed attraverso un'unica emittente televisiva.

RITENUTO, in considerazione di tali elementi ed in particolare dell'elemento temporale, il carattere unitario per tutte le violazioni del verbale di accertamento n. 22/08 per il giorno 1 agosto 2007 e per il giorno 3 agosto 2007;

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

899411434, 899170170, 899170100, 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'attività di monitoraggio delle trasmissioni delle emittenti televisive 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;

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), per un ammontare complessivo di euro 103.292,00 (centotremiladuecentonovantadue/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, relatori 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 P. Scaglione n. 87, il pagamento di euro 103.292,00 (centotremiladuecentonovantadue/00), per le violazioni contestate, 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 ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT5400100003245348010237900, 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. 536/09/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. 536/09/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, 23 settembre 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