AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI
AGCOM

DELIBERA N. 55/23/CSP

ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO AVVIATO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ TOSCANA TV S.R.L. FORNITORE DEL SERVIZIO DI MEDIA AUDIOVISIVO IN AMBITO LOCALE "TOSCANA TV " PER LA PRESUNTA VIOLAZIONE DELLA DISPOSIZIONE NORMATIVA CONTENUTA NELL'ART. 45, COMMA 8 DEL D.LGS. 208/21

(CONTESTAZIONE CO.RE.COM. TOSCANA N. 3/2022 – PROC. 34/22/ZD-CRC)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per i servizi e i prodotti del 30 marzo 2023;

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*";

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

VISTA la legge 22 aprile 2021, n. 53, recante "*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - legge di delegazione europea 2019-2020*", in particolare l'articolo 3;

VISTO il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, recante "*Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato*" e, in particolare, l'art. 49, comma 1 che recepisce quanto prescritto dall'art. 41, comma 1 del d.lgs. n. 177/05;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante "*Adozione del nuovo Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*", come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 434/22/CONS;

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. 697/20/CONS;

VISTA la delibera n. 265/15/CONS, del 28 aprile 2015, recante "*Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*";

VISTA la legge regionale della Toscana 25 giugno 2002, n. 22, recante "*Disciplina del Comitato regionale per le Comunicazioni*";

VISTA la delibera n. 395/17/CONS, del 19 ottobre 2017, recante "*Approvazione dell'Accordo Quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e le Regioni, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni*";

VISTO l'Accordo Quadro del 28 novembre 2017 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni e delle Province autonome, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Co.re.com. in tema di comunicazioni, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera n. 395/17/CONS, del 19 ottobre 2017;

VISTA la convenzione del 16 gennaio 2018 per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni che al CO.RE.COM. Toscana e, in particolare, l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la delibera 374/21/CONS, del 18 novembre 2021, recante "*Proroga dell'Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle regioni e province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni*";

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Fatto e Contestazione

Il Comitato regionale per le comunicazioni Toscana ha accertato, contestato e notificato, in data 17 novembre 2022, alla società Toscana TV S.r.l. fornitore del servizio di media audiovisivo Toscana TV la violazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 45, comma 8, d.lgs. 208/21 per l'avvenuta trasmissione, nei giorni 14, 15, 16, 18, 19 e 20 settembre 2022, di comunicazioni commerciali audiovisive in misura percentuale pari, rispettivamente, al 31,53%, al 31,11%, al 30.94%, al 28,34, al 32,06 e al 32,29% dell'affollamento pubblicitario nella fascia oraria 06.00.00/18.00.00.

2. Deduzioni della società

La parte, nel presentare, in data 14 dicembre 2022, appositi scritti difensivi, ha chiesto l'annullamento o la sospensione della contestazione ovvero l'irrogazione della sanzione nella misura del minimo edittale, eccependo l'esclusione dell'inserimento delle televendite nei limiti dell'affollamento pubblicitario.

3. Valutazioni dell'Autorità

Ad esito dell'istruttoria svolta, il predetto Organismo regionale ha proposto l'irrogazione della sanzione ammnistrativa pecuniaria nei confronti della società sopra menzionata.

La proposta del Comitato regionale per le comunicazioni Toscana non risulta meritevole di accoglimento.

Al riguardo, è essenziale l'esame congiunto del citato comma 8, art. 45, d.lgs. 208/21 e degli elementi di novità introdotti dai commi 3 e 4 del medesimo art. 45, d.lgs. 208/21.

Tali elementi di novità, infatti, sono compresi, innanzitutto, nella dizione "*la trasmissione di spot pubblicitari televisivi, di telepromozione e di televendita* [….]" e, in particolare, nella locuzione "*di telepromozione* e *di televendita*", che riflette in larga misura quella contenuta nella rispettiva previsione, di cui all'art. 23 della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018.

Riguardo alla fattispecie della televendita, non è contraddittoria ed è perfettamente coerente con la legislazione comunitaria la distinzione tra lo *spot* di televendita, già assoggettato agli stessi limiti di affollamento dello *spot* pubblicitario, ai sensi dell'art. 5-*bis*, comma 6, delibera n. 538/01/CSP, e la finestra di televendita.

Sul piano definitorio "*lo spot di televendita è un messaggio pubblicitario recante una proposta di vendita immediata e diretta che, in quanto contenuto in un arco temporale molto ridotto, può essere proposto in forma isolata ma, alla stregua degli spot pubblicitari, solo in via di eccezione, soggiacendo pertanto al pari di questi ultimi ad un regime particolarmente severo, che si concretizza in precisi limiti di affollamento orario e giornaliero. Meno rigoroso è invece il regime dettato per le televendite raggruppate in appositi contenitori (c.d. finestre di televendita), che proprio per tale modalità di diffusione creano minori e comunque meglio programmate interruzioni dei programmi televisivi. Segue da ciò che* […] *il criterio distintivo esiste, è agevolmente percettibile e soprattutto è assunto come elemento su cui si fonda una disciplina ragionevolmente differenziata*" (Cfr. TAR Lazio, sede di Roma, sez. III-TER, sentenza n. 10564/2008).

Tra l'altro, "*decisiva in tal senso è la distinzione, derivante dall'ambiente comunitario, tra spot di televendita e finestre di televendita, dove la prima, di durata breve, è pertanto assimilata a qualunque altro spot pubblicitario, soggiacendo ai relativi limiti di affollamento orario e giornaliero, mentre la seconda, di durata ininterrotta di 15 minuti e segnalata all'utente tramite appositi dispositivi ottici e*

acustici, trova esclusivamente in queste regole la propria disciplina compiuta" (Cfr. TAR Lazio-Sezione Terza Ter - sentenza n. 08540 del 1° luglio 2014).

Riguardo alla fattispecie della telepromozione, come è noto tale specie di comunicazione commerciale, nella sua accezione classica, si configura quale forma di pubblicità televisiva caratterizzata, nella prassi, dall'interruzione scenica di uno specifico programma televisivo con partecipazione del pubblico ad opera di spazi, c.d. siparietti pubblicitari, dedicati alla presentazione verbale e/o visiva in diretta, "*dal vivo*", di uno o più prodotti o servizi da parte dei presentatori/conduttori del programma televisivo stesso.

In particolare, il conduttore/presentatore o, comunque, un personaggio/ospite coinvolto nel programma televisivo stesso lascia momentaneamente la propria funzione di conduttore/presentatore ecc. nell'ambito del programma televisivo in corso e, ricorrendo a un cambio di contesto scenico, si trasforma in promotore di beni o di servizi.

L'elemento essenziale, quindi, che contraddistingue la telepromozione sopra descritta, al di là della sua durata temporale significativamente più lunga rispetto a quella propria dello spot pubblicitario in virtù delle modalità di presentazione analitica dei beni e dei servizi adottate, risiede nell'avvalersi del programma televisivo come supporto diffusivo per veicolare il messaggio promozionale, nel senso che tale forma di pubblicità presenta sempre elementi di contiguità tematica o stilistica con il programma televisivo e il suo conduttore ("*nell'ambito del programma*"), da cui poter trarre, così, buona parte della propria valenza estetica e, quindi, della propria efficacia promozionale.

Cionondimeno, l'evoluzione regolamentare e di stile di comunicazione con la parallela evoluzione di tecniche e di tecnologie produttive di linguaggio, di costume e di mercato ha fatto sì che, talvolta, siano mandate in onda vere proprie telepromozioni prive, però, di quegli elementi di continuità con il palinsesto editoriale, quali la presenza, se necessario, del conduttore di un programma (in diversa scenografia), o l'evocazione di elementi tematici o stilistici della programmazione stessa, al fine di rendere più efficace la presentazione di beni o di servizi.

Al contrario della telepromozione presentata "*nell'ambito del programma*", che, si ribadisce, non è indifferente rispetto a una specifica programmazione televisiva, questa fattispecie di telepromozione presentata "*nell'ambito di spot*" è priva di qualsiasi rapporto con il programma televisivo e il suo conduttore.

Giova rammentare che la distinzione tra *spot* di telepromozione o telepromozione presentata "*nell'ambito di spot*" e telepromozione presentata "*nell'ambito del programma*" è evidenziata nella stessa Comunicazione interpretativa del 2004 della Commissione europea relativa a taluni aspetti delle disposizioni della direttiva Televisione senza frontiere riguardanti la pubblicità televisiva, ove al paragrafo 28 si afferma che l'art. 18, paragrafo 2 della direttiva allora vigente non si dovesse applicare "*alla telepromozione presentata non nell'ambito di spot ma di una trasmissione. Trasmessa in questo modo, la telepromozione deve essere assimilata ad un'altra forma di pubblicità, conformemente alla giurisprudenza della Corte. Ne risulta che le regole*

sulla durata oraria di pubblicità che riguardano gli «spot pubblicitari» e gli «spot di televendita» non sono applicabili alle trasmissioni di telepromozione ".

Inoltre, nella sentenza della Corte di giustizia UE, Sez. I, 24 novembre 2011, n. 281 (Comm. Ce c. Regno di Spagna), si asserisce che lo *spot* di telepromozione sarebbe totalmente autonomo rispetto ai programmi televisivi e, al pari degli *spot* convenzionali, sarebbe concepito per essere replicato.

In altri termini, rispetto al modello di telepromozione classico, di cui perde quel tanto di spontaneità e d'immediatezza che lo caratterizza, lo *spot* di telepromozione, in quanto privo di alcun legame con il programma televisivo al pari dello *spot* pubblicitario, si presenta, nella prassi, come un preconfezionato, autonomo filmato promozionale che, sebbene abbia una durata moderatamente più lunga rispetto a quella propria dello spot pubblicitario convenzionale, intrinsecamente non costituisce, in virtù della sua presentazione, una forma di pubblicità più duratura.

In conclusione, considerato che lo *spot* di telepromozione, quindi, non è trasmesso in diretta o "*dal vivo*" durante la messa in onda del programma televisivo interrotto e non richiede un autentico "*scambio di ruoli*", il programma televisivo stesso non costituisce la cornice rispetto alla telepromozione e, di conseguenza, l'interruzione dell'emesso televisivo da parte dello *spot* di telepromozione non si differenzia dall'interruzione ad opera dello *spot* pubblicitario o di televendita.

Quanto appena esposto comporta, nella prassi, che lo *spot* di telepromozione, indifferente rispetto alla programmazione televisiva in corso, venga trasmesso in ogni momento, punto del palinsesto e, quindi, anche all'interno delle interruzioni pubblicitarie (es. prima di un *break* pubblicitario). Ora, nel richiamare quanto sopra asserito in ordine alla distinzione tra spot di televendita e finestra di televendita e tra spot di telepromozione e telepromozione presentata "*nell'ambito del programma*", seguendo un criterio di gradazione dell'impatto sui telespettatori delle pratiche pubblicitarie, dal momento che lo *spot* è da considerarsi come la forma pubblicitaria più diretta e, come tale, sottoposta a vincoli maggiori, il ricorso a diverse forme di *spot* - *spot* di televendita e di telepromozione - non può, evidentemente, comportare l'aggiramento, per questi ultimi, dei limiti previsti per gli *spot* pubblicitari convenzionali.

Considerato che nel caso di dubbio interpretativo della norma nazionale che disciplina materie oggetto di direttive comunitarie, debba darsi prevalenza al contenuto precettivo della norma comunitaria, la mancanza di qualunque riferimento nell'art. 23, paragrafo 1 della direttiva stessa alle finestre di televendita induce a ritenere che il legislatore comunitario e, poi, quello nazionale non abbiano inteso sottoporre agli stessi limiti per fascia oraria le televendite raggruppate in appositi contenitori, e, per effetto di quanto suesposto, anche le telepromozioni presentate "*nell'ambito del programma*", ma, esclusivamente, oltre alla trasmissione degli *spot* pubblicitari, solo la messa in onda degli *spot* di televendita e degli *spot* di telepromozione.

Alle medesime conclusioni si giunge, leggendo le disposizioni normative contenute nei commi 1 e 8 del citato art. 45, d.lgs. 208/21 e, in particolare, analizzando l'espressione "*la trasmissione di messaggi pubblicitari* [….]".

In riferimento all'art. 3 Cost., si osserva che contrasta con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza prevedere discipline differenti per situazioni non diverse.

Il principio generale di uguaglianza richiede, da un lato, l'eguaglianza di trattamento a parità di condizioni e, dall'altro, una regolamentazione differenziata, ma non arbitraria, per diversità di situazioni.

La previsione di discipline differenziate per situazioni non diverse, a tutela dei consumatori, sarebbe dunque non in sintonia con il principio di parità di trattamento.

Il principio della parità di trattamento costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, sancito dagli articoli 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel senso che "*situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa*". dunque, se le espressioni "*la trasmissione di spot pubblicitari televisivi, di telepromozione e di televendita* [….]", di cui ai commi 3 e 4 del citato art. 45, d.lgs. 208/21, e "*la trasmissione di messaggi pubblicitari* [….]", di cui ai commi 1 e 8 dell'art. 45, d.lgs. 208/21, costituiscano "*situazioni paragonabili*" sotto il profilo dell'individuazione delle fattispecie di comunicazioni commerciali da sottoporre ai limiti di affollamento pubblicitario , occorre che la loro comparabilità sia valutata alla luce di tutti i principi e gli obiettivi prescritti nella materia in esame - affollamenti pubblicitari.

Ora, i principi e gli obiettivi fissati dalle norme comunitarie e nazionali in materia di affollamento pubblicitario televisivo mirano a instaurare, in egual misura, sia che si tratti di "*trasmissione di spot pubblicitari televisivi, di telepromozione e di televendita* [….]" che di "*trasmissione di messaggi pubblicitari* [….]", una tutela equilibrata tra gli interessi finanziari dei fornitori dei servizi di media audiovisivi e i diritti della categoria dei consumatori rappresentata dai telespettatori contro l'eccessiva trasmissione di comunicazioni commerciali (in particolare il 41° Considerando chiarisce al riguardo che "*è importante che le emittenti dispongano di maggiore flessibilità e possano decidere quando trasmettere la pubblicità al fine di massimizzare la domanda degli inserzionisti e il flusso dei telespettatori. È altresì necessario, tuttavia, mantenere un livello sufficiente di tutela dei consumatori in materia, dal momento che una siffatta flessibilità potrebbe esporre il pubblico a una quantità eccessiva di pubblicità in prima serata* […..]".

Questa è la ragione per cui, sebbene si possa prevedere, quale strumento di tutela del consumatore, la differenziazione delle percentuali dei limiti di affollamento pubblicitario in funzione della tipologia dei servizi di media audiovisivi - *concessionaria del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, fornitori di servizi media audiovisivi in chiaro, in ambito nazionale, diversi dalla concessionaria del servizio pubblico, fornitori di servizi media audiovisivi a pagamento ed emittenti, anche analogiche, operanti in ambito locale* -, tuttavia, al fine anche di evitare una distorsione concorrenziale, tale, così, da favorire la creazione o il potenziamento di posizioni dominanti nel mercato della pubblicità televisiva, non è consentito che in riferimento alla locuzione "*trasmissione di messaggi pubblicitari* [….]" nel computo della percentuale dei rispettivi limiti di affollamento pubblicitario si conteggi il tempo di

trasmissione di ulteriori fattispecie di comunicazioni commerciali, in particolare della finestra di televendita e della telepromozione presentata "*nell'ambito del programma*", rispetto a quelle identificate nell'ambito della "*trasmissione di spot pubblicitari televisivi, di telepromozione e di televendita*".

Ne consegue che, venuta meno la distinzione tra limiti giornalieri/settimanali e orari di affollamento, in conformità ai principi e ai criteri direttivi della legge delega, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e), l. 53/21, nella nozione generale di "*messaggi pubblicitari*", che, evidentemente, assume carattere meramente esemplificativo, debbano comprendersi, al pari di quanto previsto all'art. 45, commi 3 e 4, d.lgs. 208/21, oltre agli *spot* pubblicitari, gli *spot* di televendita e di telepromozione e non le finestre di televendita e le telepromozioni presentate "*nell'ambito del programma*".

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte, l'affollamento pubblicitario sul servizio di media audiovisivo Toscana TV, nei giorni 14, 15, 16, 18, 19 e 20 settembre 2022, nella fascia oraria 06.00.00/18.00.00, risulta il seguente.

Il giorno 14 settembre 2022 l'affollamento pubblicitario è stato pari al 10,67%.
Il giorno 15 settembre 2022 l'affollamento pubblicitario è stato pari al 10,3%.
Il giorno 16 settembre 2022 l'affollamento pubblicitario è stato pari al 10,08%.
Il giorno 18 settembre 2022 l'affollamento pubblicitario è stato pari all'8.29%.
Il giorno 19 settembre 2022 l'affollamento pubblicitario è stato pari all'11,25%.
Il giorno 20 settembre 2022 l'affollamento pubblicitario è stato pari all'11,42%.

Tanto premesso, è indubbio che il fornitore del servizio di media audiovisivo Toscana TV, nella vicenda oggetto di contestazione, non risulta aver violato la disposizione normativa contenuta nell'art. 45, comma 8, d.lgs. 208/21.

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 45, comma 8 del d.lgs. 208/21, "*la trasmissione di messaggi pubblicitari televisivi da parte delle emittenti, anche analogiche, operanti in ambito locale non può eccedere il 25 per cento nella fascia oraria compresa fra le ore 06:00 e le ore 18:00 e nella fascia compresa fra le 18:00 e le 24:00*";

RITENUTO, pertanto, di non doversi dare ulteriore corso al procedimento sanzionatorio per insussistenza della contestata violazione della disposizione normativa contenute nell'art. 45, comma 8, d.lgs. 208/21;

UDITA la relazione del Commissario Laura Aria, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento della Autorità*;

DELIBERA

l'archiviazione del procedimento sanzionatorio avviato dal Comitato regionale per le comunicazioni Toscana nei confronti della società Toscana TV S.r.l. fornitore del servizio di media audiovisivo Toscana TV per la violazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 45, comma 8, d.lgs. 208/21.

La presente delibera è notificata alla parte ed è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 30 marzo 2023

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Laura Aria

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Giulietta Gamba