

DELIBERA N. 233/11/CSP
ORDINANZA-INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' SKY ITALIA S.R.L.
(EMITTENTE SATELLITARE A PAGAMENTO SKY SPORT 1)
PER LA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 38, COMMA 5, DEL DECRETO
LEGISLATIVO 31 LUGLIO 2005, N. 177

L'AUTORITÀ

Nella riunione della Commissione per i servizi e i prodotti del giorno 13 settembre 2011;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, pubblicata nel Supplemento ordinario n. 154/L alla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana - serie generale - del 31 luglio 1997, n. 177;

VISTO il decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante "*Testo unico della radiotelevisione*" pubblicato nel Supplemento ordinario n. 150/L alla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana - serie generale- del 7 settembre 2005, n. 208 e successive modifiche;

VISTO il "*Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite*", approvato con delibera dell'Autorità n. 538/01/CSP del 26 luglio 2001, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana dell'8 agosto 2001, n. 183 e successive modificazioni e integrazioni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana 30 novembre 1981, n. 329 e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO il "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*", approvato con delibera dell'Autorità n. 130/08/CONS del 12 marzo 2008, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana 23 aprile 2008, n. 96 - Allegato A alla delibera 130/08/CONS recante "*Testo del regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera 136/06/CONS e successive modificazioni coordinato con le modifiche apportate dalla delibera 130/08/CONS*";

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 della Repubblica italiana del 7 giugno 2008, n. 132;

VISTO l'atto della Direzione Contenuti Audiovisivi e Multimediali n. CONT. 30/11/DIC del 19 aprile 2011, con il quale veniva contestato alla società SKY ITALIA S.r.l., con sede legale in Milano, via Monte Penice 7, la violazione dell'articolo 38, comma 5, del decreto legislativo 177/05, per aver trasmesso il giorno 5 marzo 2011, nella fascia oraria 21-22, 24 spot pubblicitari per una durata di 10 minuti e 4 secondi, pari ad una percentuale di affollamento orario del 16,78%;

CONSIDERATO che, applicando il criterio adottato dall'Autorità nella riunione della Commissione per i servizi e prodotti del 6 giugno 2007, consistente nella detrazione di 10/25 di secondo per ciascuno degli spot trasmessi nell'ora, per tener conto dell'interposizione dei *frames neri* (nero colore) nei break, pari a cinque in testa e cinque in coda ad ogni singolo spot, i valori di affollamento pubblicitario orario divengono, in considerazione dei 24 spot trasmessi, 9 minuti e 52 secondi pari al 16,44 % ;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'articolo 38, comma 5, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177: < *La trasmissione di spot pubblicitari televisivi da parte di emittenti a pagamento, anche analogiche, non può eccedere per l'anno 2010 il 16 per cento, per l'anno 2011 il 14 per cento, e, a decorrere dall'anno 2012, il 12 per cento di una determinata e distinta ora d'orologio; un'eventuale eccedenza, comunque non superiore al 2 per cento nel corso dell'ora, deve essere recuperata nell'ora antecedente o successiva.*> e che pertanto l'affollamento accertato non è soggetto a compensazione nelle fasce orarie adiacenti in quanto eccedente il margine del 2% previsto dalla norma;

VISTE le memorie giustificative, pervenute all'Autorità in data 6 giugno 2011 con nota prot. n. 28272 nelle quali la società ha richiesto all'Autorità la disapplicazione della norma in questione eccependo l'inapplicabilità della disposizione del Testo unico (art 38, comma 5, limiti di affollamento diversi per le emittenti pay rispetto a quelle free) in ragione della sua contrarietà ai principi fondamentali del diritto dell'Unione europea e la violazione dei limiti della delega, conferita dalla legge n. 88 del 2009 (legge comunitaria) con conseguente contrasto del nuovo testo dell'articolo 38, comma 5, rispetto all'art.76 della Costituzione. In particolare la società:

1. quanto alla contrarietà della norma contestata rispetto ai principi fondamentali del diritto dell'Unione europea:

- a. rileva che nel caso di specie non è applicabile la norma della Direttiva (articolo 4, § 1) che conferisce agli Stati membri la facoltà di richiedere ai fornitori di servizi di media, soggetti alla propria giurisdizione, norme più particolareggiate o più rigorose, in quanto tale facoltà presuppone comunque che tali norme siano conformi al diritto dell'Unione e la norma in questione tale non sarebbe in quanto secondo la società costituirebbe una restrizione - contraria al diritto europeo - alla libera prestazione dei servizi, asseritamente limitando la vendita di spazi pubblicitari a inserzionisti stabiliti in altri Stati europei, poiché l'emittente si vedrebbe costretta a rifiutare ogni richiesta di accesso a spazi pubblicitari una volta raggiunto il più basso limite orario imposto dalla norma interna;
- b. evidenzia l'effetto discriminatorio a svantaggio delle emittenti a pagamento, *sub specie* di allontanamento degli inserzionisti da emittenti che hanno un monte ore di pubblicità inferiore, sul presupposto che siano per essi più appetibili emittenti che offrono maggiori opportunità di visibilità ed esposizione al pubblico;
- c. censura la motivazione della differenziazione dei limiti di affollamento pubblicitario tra emittenti in chiaro e a pagamento - della tutela dell'utente che, a differenza delle emittenti in chiaro, ha versato un compenso per la fruizione dei programmi e merita una tutela rappresentata dal disvalore dell'interruzione pubblicitaria di un contenuto c.d. premium - sostenendo che l'intervento normativo non concerne l'interruzione dei programmi, che continua ad essere consentita, ma la quantità delle interruzioni pubblicitarie nell'ora di trasmissione, asserisce, inoltre, che tale tutela è garantita dallo stesso rapporto contrattuale, potendo l'utente - ove disturbato dalla quantità dei messaggi pubblicitari diffusi nel rispetto delle regole codificate - risolvere il contratto di abbonamento, e ciò evidenzierebbe l'inidoneità e la sproporzione della misura normativa in questione rispetto all'obiettivo perseguito;
- d. eccepisce la contraddittorietà della norma sotto il profilo della tutela del pluralismo e della concorrenza, in quanto - gravando le emittenti a pagamento di obblighi ulteriori - risulterebbe controproducente, comportando la riduzione degli spazi pubblicitari di tali emittenti, un contestuale rafforzamento dei soggetti che sul mercato pubblicitario già detengono una posizione dominante;

2. quanto all'eccesso di delega e alla conseguente eccezione di illegittimità costituzionale, in relazione all'articolo 76 della Costituzione, la società sostiene che la norma in questione configurerebbe un eccesso di delega, in quanto la legge comunitaria 2008, n. 88 del 7 luglio 2009, nella introduzione dei criteri di delega al Governo per il recepimento della direttiva 2007/67/CE (oggi 2010/13/UE) non richiede in alcun modo la individuazione di tetti di affollamento pubblicitario <<differenziati>> fra emittenti a pagamento e emittenti in chiaro, peraltro non recata dalla medesima direttiva: per conseguenza l'articolo 12 del decreto legislativo n. 44/2010 si porrebbe in contrasto con l'articolo 76 della Costituzione non trovando la

disciplina in questione alcun fondamento in alcun criterio o principio direttivo posto dalla legge delega;

RILEVATO che ai sensi dell'articolo 4,§1, della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui servizi di media audiovisivi n.2010/13/EU <Gli Stati membri conservano la facoltà di richiedere ai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione di rispettare norme più particolareggiate o più rigorose nei settori coordinati dalla presente direttiva, purché tali norme siano conformi al diritto dell'Unione>;

RILEVATO che il legislatore delegato individua la *ratio* della differenziazione dei limiti di affollamento pubblicitario fra emittenti in chiaro ed emittenti a pagamento nell'esigenza di tutela dell'utenza delle seconde, la quale ha già corrisposto un corrispettivo per la fruizione dei programmi e ne corrisponde uno ulteriore, consistente nella esposizione al messaggio commerciale; tale esigenza secondo il legislatore delegato, era già stata individuata come giustificazione alle imposizioni di limiti all'affollamento pubblicitario dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella decisione del 23 ottobre 2003 sul caso *RTL c. Niedersachssche Rundfunk* e ancor più in dettaglio dalle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs;

RITENUTO quanto alla eccepita non conformità della contestata disposizione in tema di affollamenti pubblicitari al diritto europeo, che in linea generale alla luce delle suesposte argomentazioni appaia allo stato sufficientemente motivata l'esigenza dell'adozione di norme più rigorose per le emittenti a pagamento rispetto alle norme generali in materia di affollamento pubblicitario recate dalla direttiva europea sui servizi di media audiovisivi, non competendo nello specifico all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni la delibazione di conformità al diritto europeo delle predette norme sotto gli eccepiti profili della inidoneità e della non proporzionalità delle misure normative rispetto all'obiettivo perseguito;

RITENUTO quanto alla eccepita illegittimità costituzionale della contestata disposizione in tema di affollamenti pubblicitari in relazione alla previsione dell'articolo 76 della Costituzione *sub specie* di eccesso di delega, che anche la delibazione di conformità alle previsioni costituzionali esuli dalla competenza dell'autorità amministrativa indipendente preposta alla regolazione del settore audiovisivo;

RITENUTO, per l'effetto, di non poter accogliere le eccezioni e conseguentemente non dare corso alla richiesta disapplicazione della previsione normativa ex articolo 38, comma 5, del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, di competenza dell'organo giurisdizionale eventualmente chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento amministrativo adottato dall'Autorità in applicazione della richiamata previsione normativa;

RILEVATO che si riscontra, pertanto, il superamento dei limiti previsti, oltre ogni ragionevole tolleranza, il giorno 5 marzo 2011, nella fascia oraria 21-22, in violazione di quanto stabilito dall'articolo 38, comma 5, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177

RITENUTA, per l'effetto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.329,00 (diecimilatrecentoventinove/00), a euro 258.228,00 (duecentocinquantottomila-duecentoventotto/00), ai sensi dell'articolo 31, comma 3, della legge 6 agosto 1990, n. 223, così come trasfuso nell'articolo 51, comma 2, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dalla legge del 6 giugno 2008, n. 101, di conversione del decreto-legge 8 aprile 2008, n.59, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 132 del 7 giugno 2008;

RITENUTO, in ordine ai criteri per la determinazione della sanzione previsti dall'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che:

- con riferimento alla *gravità della violazione*, essa deve ritenersi *lieve*, in quanto, pur considerata la connotazione obiettiva dell'illecito realizzato, attinente al rispetto del limite degli affollamenti pubblicitari orari, anche nella tutela degli interessi degli utenti spettatori, si tiene conto della circostanza che la violazione risulta isolata;
- con riferimento alla *personalità dell'agente*: la società SKY ITALIA S.r.l, con sede in Milano, via di Monte Penice n. 7 , in quanto esercente l'emittente televisiva satellitare a pagamento *Sky Sport 1* si presume supportata da strutture interne adeguate allo svolgimento delle proprie attività nel pieno rispetto del quadro normativo e regolamentare vigente.
- con riferimento *all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione*: non sono state attuate adeguate misure preventive per la correzione di errori materiali;
- con riferimento alle *condizioni economiche dell'agente*: le stesse si presumono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria da adottare;

RITENUTO, per le ragioni precisate, di dover determinare la sanzione pecuniaria per la violazione rilevata, considerate di gravità lieve, nella misura di euro 10.329,00 (diecimilatrecentoventinove/00) pari al minimo edittale per il numero di violazioni, in questo caso pari a una, in applicazione del criterio del cumulo materiale;

VISTO l'articolo 38, comma 5, e l'articolo 51 del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione contenuti audiovisivi e multimediali;

UDITA la relazione dei Commissari Sebastiano Sortino e Antonio Martusciello, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società SKY ITALIA S.r.l., con sede in Milano, via Monte Penice n. 7, esercente l'emittente televisiva satellitare a pagamento *Sky Sport 1* di pagare la sanzione amministrativa di euro 10.329,00 (diecimilatrecentoventinove/00) per l'episodio di violazione dell'articolo 38, comma 5, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177;

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, articolo 51 decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, irrogata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 233/11/CSP*", entro 30 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 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. 233/11/CSP*".

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 60 giorni dalla notifica del medesimo.

La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

Roma 13 settembre 2011

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Martusciello

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