

DELIBERA N. 38/07/CONS

Archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 31/06/tlc/dit avviato a carico della società enhanced services company s.r.l. per l'inosservanza dell'art. 7, comma 6, della delibera 15/04/cir

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 25 gennaio 2007;

VISTO l'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 14 della legge 31 luglio 1997, n. 249;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 76, ed il relativo allegato, recante "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*", che ha abrogato la delibera dell'Autorità n.336/03/CONS, recante "*Modifiche ed Integrazioni al Regolamento in materia di procedure sanzionatorie approvato con delibera n. 425/01/CONS*";

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, nel testo coordinato con le modifiche introdotte dalla delibera n. 506/05/CONS del 21 dicembre 2005, recante "*Modifiche ed Integrazioni al Regolamento di organizzazione e di funzionamento dell'Autorità*", come successivamente integrata dalla delibera n. 40/06/CONS, del 19 gennaio 2006;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 15/04/CIR, recante "*Attribuzione dei diritti d'uso delle numerazioni per i servizi di informazione abbonati*";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 8/06/CIR, recante "*Misure in merito ai prezzi massimi per le chiamate dirette alle numerazioni per i servizi di informazione abbonati ed originate da rete fissa ed alla informazione sui prezzi del completamento di chiamata*";

VISTO l'atto del responsabile della Direzione tutela dei consumatori n. 31/06 del 7 luglio 2006 con il quale è stata accertata l'inosservanza da parte della società ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l. – assegnataria della numerazione “1299” per la fornitura del servizio di informazione elenco abbonati – dell' art. 7, comma 6, della delibera n. 15/04/CIR;

VISTO l'atto di contestazione del responsabile della Direzione tutela dei consumatori n. 31/06 del 7 luglio 2006, notificato in data 18 luglio 2006;

VISTE le risultanze istruttorie dalle quali emerge che:

1. La delibera dell'Autorità n. 15/04/CIR del 3 novembre 2004 prevede all'art.2, comma 6, che *“L'utente che richiede il servizio di completamento della chiamata è informato del prezzo del servizio medesimo, il quale è espletato solo dopo l'esplicita accettazione da parte dell'utente”*.
2. La delibera dell'Autorità n. 8/06/CIR del 9 febbraio 2006 prevede all'art. 2, comma 1, che *“L'utente che richiede il completamento della chiamata è informato preliminarmente del prezzo della prestazione, la quale è eseguita solo dopo successiva esplicita accettazione da parte dell'utente ”*.
3. In data 7 luglio 2006, la Direzione tutela dei consumatori, in base alla documentazione acquisita nel corso del procedimento sanzionatorio n. 31/06/TLC/DGC, ha accertato l'inottemperanza della società ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l. all'art. 7, comma 6, della delibera n. 15/04/CIR poiché è risultato che detta Società, nell'ambito del servizio di completamento della chiamata, alla data del 20 gennaio 2006 non ha ottemperato all'obbligo di informare preventivamente l'utente del prezzo del servizio medesimo, atteso che lo stesso servizio di completamento può essere espletato solo dopo esplicita accettazione da parte dell'utente e non invece posticipando la comunicazione del prezzo del servizio offerto rispetto all'eventuale risposta affermativa da parte dell'utente a volerne usufruire; ragion per cui la Direzione tutela dei consumatori, essendo la fattispecie sanzionabile ai sensi dell'art. 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995 n. 481, ha avviato nei confronti della citata società un procedimento sanzionatorio con atto di contestazione 31/06/TLC/DGC del 7 luglio 2006, indicando nel dott. Maurizio Liberti il funzionario responsabile del procedimento.
4. In data 11 agosto 2006 è pervenuta una memoria difensiva della ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l., con contestuale istanza di audizione formulata ai sensi dell'art. 18 della legge n. 689/81, nella quale si è sostenuto in punto di fatto :
 - che la Società ha adottato una condotta pienamente conforme all'interpretazione fornita dall'Autorità a seguito della diffida del 15 novembre 200;

- che la contestazione formulata dall’Autorità non è stata adeguatamente supportata sul piano probatorio in quanto fondata su un’unica verifica e sulla base di un unico documento facente inoltre riferimento ad una “probabile” violazione;
- che la condotta contestata alla predetta Società non ha cagionato alcun concreto pregiudizio in danno dell’utenza, sia in considerazione della ridotta quota di mercato dei servizi di informazione abbonati, sia perché la procedura contestata ha consentito in ogni caso al cliente di ottenere sempre l’informazione in merito al prezzo del servizio di completamento delle chiamate e di ottenere sempre l’indicazione del numero richiesto, ragion per cui il cliente ha potuto sempre decidere, a seguito dell’informazione relativa al prezzo del servizio di completamento della chiamata (o per altri motivi), se rimanere in linea e fruire del servizio medesimo ovvero terminare la comunicazione e contattare autonomamente la numerazione richiesta ;

ed in punto di diritto :

- che non può trovare applicazione l’art. 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481, in quanto la citata legge, nel prevedere l’istituzione dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ha rinviato ad altro provvedimento legislativo la disciplina della suddetta Autorità. Invero la legge 249/1997, istitutiva dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nel definire i rapporti con la legge 481/1995 ha previsto espressamente all’art. 1, comma 21, che all’Autorità venissero applicate le disposizioni di cui all’art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, non derogate dalla stessa;
- che la violazione contestata dall’Autorità deve rientrare nella fattispecie di cui all’art. 98, comma 11, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche in base al quale *“Ai soggetti che non ottemperano agli ordini ed alle diffide, impartiti ai sensi del Codice dal Ministero o dall’Autorità, gli stessi, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 12.000,00 ad euro 250.000,00”* ;
- che eventualmente deve comunque ritenersi che la violazione contestata possa essere sanzionata ai sensi dell’art. 1, comma 31, della legge 249/1997;
- che va rideterminata la sanzione in quanto il minimo ed il massimo edittale previsti dalla sanzione da irrogare appaiono elevati rispetto alla gravità della violazione posta in essere dalle Società nonchè rispetto alla sanzione di contro irrogata ai principali operatori di rete oltre che se confrontati con quelli previsti dal citato art. 98 del Cod. Com. e dall’art. 1 della legge 249/1997 ed in quanto sproporzionati rispetto alla “personalità dell’agente ed alle sue condizioni economiche”.

Ragion per cui è stata richiesta l’archiviazione del procedimento ovvero, in subordine, l’applicazione dell’art. 98, comma 11, del Codice delle Comunicazioni o, in ogni caso, l’applicazione di una sanzione attestata sui minimi edittali, fatti comunque salvi i termini e le facoltà del pagamento in misura ridotta ex art. 16 della legge n. 689/1981 .

5. In data 25 luglio 2006 si è svolto l’accesso agli atti .

6. In data 16 settembre 2006 è scaduto il termine di sessanta giorni previsto dall'art.16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 per il pagamento della sanzione in misura ridotta senza che ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l si sia avvalsa di tale facoltà .
7. In data 28 settembre 2006 si è tenuta l'audizione della ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l., nel corso della quale la Società ha ribadito ancora :
 - di aver applicato in buona fede la norma con le modalità accertate dal Dipartimento Vigilanza e Controllo, ritenendole conformi al dettato regolamentare. La delibera 15/04/CIR, all'articolo 7, comma 6, nel prevedere l'obbligo di informare l'utente del prezzo del servizio di "call completion", non specifica se detta informazione dovesse precedere anche l'acquisizione del consenso da parte dell'utente medesimo. Con la successiva delibera 8/06/CIR, l'Autorità ha ritenuto di specificare, in ottica di tutela dell'utenza, che l'informazione tariffaria avrebbe dovuto precedere anche l'esplicita accettazione da parte dell'utente del servizio di completamento di chiamata. Detta precisazione evidenzia chiaramente la consapevolezza del Regolatore circa la possibilità che la formulazione utilizzata fosse suscettibile di diversa interpretazione, provvedendo, pertanto, a chiarirne in maniera inequivoca il portato precettivo. La Società, a seguito delle ulteriori specificazioni, ha tempestivamente provveduto ad adeguare la propria procedura, implementando il sistema c.d. "dial 1" per la registrazione del consenso dell'utente, in base al quale, a seguito della fornitura di tutte le informazioni, ivi comprese quelle sul prezzo del servizio di completamento della chiamata, l'utente accetta la fruizione del servizio di completamento di chiamata digitando il tasto corrispondente al numero 1 : con tale digitazione, la chiamata viene istradata verso la numerazione desiderata. E' evidente, quindi, la mancanza di responsabilità della Società con riferimento alla fattispecie contestata, non potendosi rilevare a carico della stessa elementi dolosi o colposi, necessari ai fini della irrogazione della sanzione, in quanto la stessa, una volta chiarito il dettato regolamentare, ha prontamente ottemperato a quanto richiesto dall'Autorità;
 - dal punto di vista del potenziale pregiudizio arrecato all'utenza, poi, di aver sviluppato, nel periodo di interesse, un volume di traffico modesto. Va sottolineata, pertanto, l'irrilevanza, anche sotto tale aspetto, della violazione contestata, con evidente sproporzionalità tra la dannosità della condotta e la consistenza della sanzione che si vorrebbe irrogare;
 - di eccepire l'applicazione del presidio sanzionatorio di cui alla l. 481/95, in quanto, innanzi tutto, tale applicazione comporterebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra la fattispecie de qua e quelle, del tutto simili, di violazione delle delibere con le quali l'Agcom ha ordinato ad alcuni operatori di applicare la medesima delibera 15/04/CIR, sanzionandoli successivamente in base all'art. 98, comma 11, del d. l.vo 259/2003;

— di eccepire poi l'applicazione del predetto presidio sanzionatorio atteso che, a seguito della citata delibera 15/04/CIR, il dipartimento Vigilanza e Controllo dell'Autorità, con nota del 15 novembre 2005, ha formalmente diffidato le società di cui sopra a conformarsi alla modalità di "call completion" corrispondente alla interpretazione della summenzionata delibera ivi prospettata; pertanto, essendo sopravvenuto un ordine dell'Autorità, la fattispecie contestata avrebbe dovuto, semmai, essere quella prevista dall'art. 98, comma 11 del d. l.vo 259/2003, ovvero quella dell'art. 1, comma 31, della l. 249/97 .

8. In data 28 novembre 2006, a seguito di verifica effettuata sul numero "1299", è risultato che il messaggio di "call completion" era conforme al dettato regolamentare ;
9. In data 15 dicembre 2006, in ragione della richiesta del Consiglio di ulteriori approfondimenti in merito, veniva comunicata alla ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l. la proroga di 60 giorni dei termini di conclusione del procedimento ;
10. In data 19 gennaio 2007 si è conclusa l'attività istruttoria, nel corso della quale è emersa una condotta da parte della società ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l. non suscettibile di sanzione per i seguenti motivi :
Occorre premettere che con la delibera n. 15/04/CIR del 3 novembre 2004 l'Autorità all'art. 2, comma 6, aveva statuito che "L'utente che richiede il servizio di completamento della chiamata è informato del prezzo del servizio medesimo, il quale è espletato solo dopo l'esplicita accettazione da parte dell'utente".
Successivamente, con la delibera n. 8/06/CIR del 9 febbraio 2006, l'Autorità all'art. 2, comma 1, ha specificato che "L'utente che richiede il completamento della chiamata è informato preliminarmente del prezzo della prestazione, la quale è eseguita solo dopo successiva esplicita accettazione da parte dell'utente".
Sotto il profilo fattuale deve essere sottolineato che dalla verifica effettuata il 20 gennaio 2006, cioè in data antecedente alla emanazione della delibera n. 8/06/CIR del 9 febbraio 2006, è emerso che l'addebito del costo per la fruizione del servizio parte dopo sei secondi dalla fine del messaggio relativo al prezzo di "call completion" dando così all'utente il tempo necessario per interrompere la comunicazione.
Ciò posto, si rileva che l'art. 2, comma 6, della delibera n. 15/04/CIR, nel mentre richiede in modo inequivocabile la previa acquisizione del consenso all'erogazione del servizio di completamento di chiamata, non esplicita però in modo altrettanto univoco la necessità della preventiva informazione sulle tariffe rispetto alla accettazione da parte dell'utente del servizio de quo.
La relativa lacunosità della delibera n. 15/04/CIR sotto quest'ultimo profilo risulta suffragata dalla emanazione da parte dell'Autorità della successiva delibera n. 8/06/CIR, con la quale si è avvertita la necessità di specificare, in un'ottica di rafforzamento della tutela dell'utente, che l'informazione tariffaria avrebbe dovuto precedere anche l'esplicita accettazione da

parte dell'utente del servizio di completamento di chiamata, e non solo l'erogazione del medesimo.

Avuto riguardo alla successione nel tempo delle predette disposizioni di legge e tenuto conto dei criteri di interpretazione letterale e sistematico di cui all'art. 12 delle preleggi è ragionevole ritenere che le condotte oggetto di verifica, a cagione della non univoca portata applicativa della norma precettiva, siano compatibili con la convinzione della società della loro conformità al dettato regolamentare. Ne consegue che deve essere ritenuta sussistente la buona fede della suddetta società per aver privilegiato in sede applicativa una delle opzioni ermeneutiche astrattamente compatibili con il tenore letterale della norma.

Merita di essere evidenziato, ad ulteriore supporto della sussistenza della buona fede, che la ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l. ha provveduto ad adeguare in modo tempestivo la propria procedura alle direttive impartite dall'Autorità con la delibera 8/06/CIR, implementando il sistema c.d."dial 1" per la registrazione del consenso dell'utente, in base al quale, a seguito della fornitura di tutte le informazioni, ivi comprese quelle sul prezzo del servizio di completamento di chiamata digitando il tasto corrispondente al numero 1: con tale digitazione la chiamata viene istradata verso la numerazione desiderata.

CONSIDERATO che, con riferimento alla fattispecie contestata, nella condotta tenuta dalla società ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l., non si possono rilevare profili dolosi o colposi necessari ai fini della irrogazione della sanzione, in quanto la stessa, una volta chiarito il dettato regolamentare, ha prontamente ottemperato a quanto richiesto dall'Autorità;

VISTO il parere del Servizio Giuridico ;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento;

VISTA la proposta del responsabile della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Gianluigi Magri, relatore ai sensi dell'art. 32 del Regolamento;

DELIBERA

L'archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 31/06/TLC/DGC, avviato a carico della società ES ENHANCED SERVICES COMPANY s.r.l, con sede c/o lo Studio Legale Bird & Bird in Via Montenapoleone n.10 - 20121 - Milano, per la violazione di cui all'art. 7, comma 6, della delibera 15/04/CIR.,

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 del Lazio.

Napoli, 25 gennaio 2007

IL COMMISSARIO RELATORE
Gainluigi Magri

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

Visto, per conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola