

DELIBERA N. 412/09/CONS

ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' FASTWEB S.P.A. PER VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 98, COMMA 9, DEL DECRETO LEGISLATIVO 1 AGOSTO 2003, N. 259, DI CUI ALLA CONTESTAZIONE N. 1/09/DIR

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 17 luglio 2009;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

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*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, ed in particolare l’articolo 98, comma 9;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTO il decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 convertito in legge 24 novembre 2006, n. 286, recante “*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*”, ed in particolare l’articolo 136;

VISTA la delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 136/06/CONS, ed il relativo Allegato A, recante “*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*”, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 130/08/CONS, recante “*Riforma della delibera n. 54/08/CONS, a sua volta recante “Modifiche ed integrazioni al regolamento in materia di procedure sanzionatorie in attuazione dell’art. 14 bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e del regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS*”;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 131/08/CONS, recante “*Modifiche al regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS*”;

VISTO il regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità, approvato con delibera n. 316/02/CONS, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera n. 25/07/CONS recante “Attuazione della nuova organizzazione dell’Autorità: individuazione degli Uffici di secondo livello e modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e di funzionamento”;

VISTO l’atto di contestazione della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica n. 1/09/DIR del 12 marzo 2009, notificato contestualmente al verbale di accertamento n. 1/09/DIR in data 13 marzo 2009, con il quale è stata contestata alla società Fastweb S.p.A. la violazione accertata con il verbale citato;

VISTO il verbale di accertamento n. 1/09/DIR del 12 marzo 2009 con il quale si accerta quanto segue:

- nel corso delle attività ispettive compiute presso la sede di Fastweb in data 18 e 19 dicembre 2008, gli ispettori dell’Autorità hanno richiesto alla società di fornire, entro il 9 gennaio 2009:
 1. documentazione tecnica interna descrivente le procedure applicate nella veste di operatore *donating*;
 2. dati, riferiti al mese di novembre 2008, relativi a tutte le richieste di migrazione ad essa pervenute, in totale o per singolo operatore, con il numero di quelle accettate in lavorazione, il numero di quelle scartate, il numero di quelle scartate per superamento soglia, il numero di quelle scartate per codice di migrazione errato e tra queste quelle scartate in quanto pervenute con codice esatto ma ritenuto autogenerato. Nell’ambito delle richieste scartate per codice errato è stato richiesto di mostrare, pertanto, anche le richieste scartate essendo il codice autogenerato, ma che contenevano comunque un codice sintatticamente corretto;
- con nota prot. AGCOM n. 1516 del 14 gennaio 2009, inviata a mezzo fax in data 9 gennaio 2009, Fastweb ha comunicato all’Autorità la documentazione tecnica richiesta al punto sub 1;
- con nota prot. AGCOM n. 3956 del 22 gennaio 2009, inviata a mezzo fax in data 19 gennaio 2009, la società ha comunicato all’Autorità i dati richiesti al punto sub 2, ad eccezione di quelli inerenti le richieste scartate in quanto relative a casi di codice autogenerato ma con contenuto esatto;
- nei fatti accertati è ravvisabile la violazione dell’articolo 98, comma 9, del decreto legislativo n. 259/03, in quanto la società ha ommesso di trasmettere i dati inerenti le richieste di migrazione scartate relative ai casi di codice autogenerato ma con contenuto esatto; per altro, la società ha anche comunicato in ritardo le ulteriori informazioni di cui al punto sub 2;

VISTI gli atti del procedimento sanzionatorio n. 1/09/DIR e le risultanze istruttorie;

VISTE le memorie difensive pervenute rispettivamente in data 17 aprile (prot. AGCOM n. 31411) e 23 aprile 2009 (prot. AGCOM n. 33043) e relativi allegati;

UDITA la società interessata in data 5 maggio 2009;

Valutazione giuridica

A. Argomentazioni di Fastweb S.p.A.

Con riferimento alla mancata comunicazione dei dati relativi ai codici autogenerati, la società ha negato la sussistenza della violazione, per i seguenti motivi:

1. *la non pertinenza della richiesta rispetto all'oggetto dell'ispezione, in violazione dell'articolo 10 del Codice*: l'ispezione era volta a verificare il rispetto delle disposizioni in materia di procedure di migrazione di rete fissa, mentre la richiesta riguardava il codice autogenerato che, per definizione, è estraneo alla disciplina regolamentare sulle migrazioni;
2. *la modifica dell'informazione in sede di contestazione*: in sede di ispezione la richiesta riguardava i "codici corretti", mentre con la contestazione n. 1/09/DIR si eccepiva la mancata produzione dei "codici sintatticamente corretti". Per l'operatore, la correttezza non meramente sintattica dei codici può essere accertata solo attraverso il contatto con il cliente, in modo da verificare la corrispondenza tra il numero di telefono indicato nel codice e il nominativo dell'utente che intende migrare;
3. *la mancata disponibilità dei dati*: il sistema informatico della società, in assenza di un obbligo normativo in tal senso, era stato implementato in modo da scartare automaticamente i codici autogenerati, in quanto trattati alla stregua di quelli errati;
4. *l'impossibilità di ricostruire i dati ex post*: la società non è stata nemmeno in seguito in grado di ricostruire il "codice corretto", in quanto circa il 70% delle richieste erano prive dell'indicazione del nome dell'utente che intende migrare, con ciò rendendo impossibile la verifica di cui al punto sub 2).

Con riferimento al ritardo, la società ha dedotto l'inidoneità del termine finale del 9 gennaio 2009 per la produzione dei dati richiesti in sede di ispezione, in ragione della complessità dell'attività di estrazione ed elaborazione dei medesimi e della concomitanza della richiesta con il periodo festivo. Di ciò, la società aveva edotto l'Autorità già con la nota prot. AGCOM n. 1516. Inoltre, la società ha dedotto l'incertezza dei dati oggetto di monitoraggio, di cui alle delibere n. 274/07/CONS e n. 68/08/CONS.

B. Valutazione delle argomentazioni di Fastweb S.p.A.

Le suddette argomentazioni non sono idonee ad escludere la responsabilità della società.

In primo luogo, differentemente a quanto argomentato dalla società, la richiesta di informazioni formulata nel corso dell'attività ispettiva appare perfettamente coerente con l'oggetto e lo scopo proprio dell'ispezione, esplicitato nel mandato ispettivo (prot. n. 628/DIR/08 dell'11 novembre 2008), in aderenza al disposto dell'articolo 10 del decreto legislativo n. 259/03.

In base alla semplice lettura del mandato, infatti, emerge che la richiesta ispettiva riguarda non solo la verifica dell'ottemperanza da parte di alcuni operatori a quanto previsto dalla circolare del 9 aprile 2008, con riferimento alle tempistiche e alle modalità di fornitura del codice di migrazione ai propri clienti.

In particolare, il mandato richiede, per Fastweb, di *“focalizzare l'attenzione sugli scarti per codice di migrazione errato, al fine di verificare la presenza di casi in cui tale causale sia utilizzata, pur essendo lo stesso codice corretto, con la motivazione di codice di migrazione autogenerato (cioè di codice di migrazione non esplicitamente richiesto dal cliente finale all'operatore donating bensì generato dall'operatore recipient)”*.

Ma anche al di là del mero dato lessicale, si ritiene che l'autogenerazione del codice di migrazione costituisce, in ogni caso, modalità operativa strettamente attinente alla materia della migrazione, anche se non espressamente contemplata dalle procedure definite dalle delibere n. 274/07CONS e n. 68/08/CIR.

Al riguardo, la stessa delibera n. 68/08/CIR dispone, nella sua parte motiva, che la mancata richiesta del codice di migrazione all'operatore *donating*, dal momento che ciò non comporta malfunzionamenti che possano danneggiare il corretto svolgimento delle migrazioni, non è in contrasto con alcun orientamento o norma dell'Autorità sui passaggi di clienti tra operatori.

Dello stesso tenore, appare la delibera n. 1/09/CIR recante *“diffida, ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/03, agli operatori di rete fissa ad adempiere alle previste disposizioni normative in materia di migrazione”*.

Nella diffida si precisa chiaramente che *“non rileva ai fini dell'ottemperanza alle norme vigenti se il codice di migrazione sia generato dall'operatore, usando le informazioni comunicate dal cliente (numero telefonico e operatore donating) o se sia richiesto all'operatore donating”* e ancora che *“l'autogenerazione del codice di migrazione ad opera del recipient non figura tra le causali di scarto concordate tra gli operatori nell'ambito dell'Accordo Quadro”*, sottoscritto dagli operatori in data 14 giugno 2008 per il passaggio degli utenti finali, in attuazione della delibera n. 274/07/CONS.

Il secondo motivo difensivo riguarda la modifica, in sede di contestazione, dell'addebito. La società evidenzia un'asimmetria tra la richiesta formulata in sede ispettiva di fornire all'Autorità i *“codici autogenerati corretti”* e l'addebito notificato con l'atto di contestazione n. 1/09/DIR, in merito alla mancata produzione dei *“codici autogenerati sintatticamente corretti”*.

L'obiezione non merita accoglimento, per la semplice ragione che la società ha frainteso il senso della richiesta, né si è efficacemente ed adeguatamente adoperata per chiedere spiegazioni in merito alla stessa.

Infatti, dalla semplice lettura dei verbali ispettivi emerge che la richiesta riguarda “*i dati quantitativi relativi a tutte le richieste di migrazione ad essa pervenute nel mese di novembre, in totale e per singolo operatore e, tra queste,..il numero di quelle scartate per codice di migrazione errato e tra queste eventualmente quelle scartate in quanto pervenute con codice esatto ma ritenuto autogenerato*”.

Il verbale non richiama mai, come invece ipotizza Fastweb, la nozione di “*codice corretto*”, in contrapposizione a quella di “*codice sintatticamente corretto*”, bensì la nozione di “*codice esatto*”.

Al riguardo, è sufficiente notare che la richiesta appare formulata in modo chiaro e definito, poiché è evidente che il codice esatto non può che essere il codice “*sintatticamente corretto*”.

Se, infatti, l'Autorità avesse inteso chiedere l'esibizione di codici “*corretti*” nel senso indicato da Fastweb, senza alcun dubbio avrebbe dovuto specificarlo, puntualizzando le modalità di lavorazione del dato.

Per l'operatore, infatti, la correttezza “*non meramente sintattica*” dei codici non è un dato riscontrabile *de plano*, ma si evince attraverso una successiva circostanziata attività di verifica volta – per mezzo del contatto con il cliente che intende migrare – a constatare la corrispondenza tra il numero di telefono indicato nel codice e il nominativo dell'utente.

Appare evidente, allora, che una tale verifica, caratterizzata da particolare complessità, avrebbe comportato la necessità di una richiesta *ad hoc*.

Nel caso di specie, tale richiesta *ad hoc* è mancata, con la conseguenza che l'unico dato che ragionevolmente l'Autorità poteva attendersi, nei tempi pattuiti, è il codice di migrazione “*sintatticamente corretto*” di tali clienti.

Anche al di là di queste semplici osservazioni, è altresì necessario constatare che se la società avesse avuto dubbi in merito alla nozione di “*codice esatto*” avrebbe dovuto, sin da subito, già in sede ispettiva, e comunque entro tempi molto più ristretti, interpellare l'Autorità.

Fastweb ha, invece, sollevato la questione solo in sede di memoria difensiva, con ciò dimostrando l'assenza di buona fede e diligenza nell'esecuzione degli obblighi di cui trattasi.

Il terzo e il quarto motivo difensivo possono essere analizzati congiuntamente, attenendo alla presunta sussistenza di fattori indipendenti dalla volontà dell'operatore che abbiano di fatto impedito la consegna dei dati nei termini previsti.

La società tenta il seguente sillogismo: all'epoca delle ispezioni, Fastweb non era dotato di un sistema informatico in grado di selezionare automaticamente le richieste di codice autogenerato, in quanto il sistema era programmato nel senso di scartarle, analogamente a quanto accadeva nel caso di codice errato. Pertanto, le richieste di migrazione scartate relative ai casi di codice autogenerato ma con contenuto esatto non erano note all'epoca dell'ispezione.

Ma non è tutto. La società ritiene che tali dati non potessero nemmeno *a posteriori* essere ricostruiti, a causa della mancata indicazione, in un gran numero di richieste ("circa il 70%"), del nome dell'utente, ciò che aveva impedito di verificare la corrispondenza tra il numero di telefono indicato nel codice e il nominativo dell'utente che intende migrare.

Anche questi motivi difensivi non meritano accoglimento. Infatti, le presunte difficoltà addotte da Fastweb - quand'anche dimostrate - avrebbero dovuto essere superate con l'impiego della dovuta diligenza e la società non ha addotto elementi idonei a dimostrare che esse non erano prevedibili né superabili, pertanto non è configurabile nessuna delle cause di giustificazione previste dalla legge n. 689/81.

In subordine, ma di ciò si è ampiamente dedotto, l'Autorità non ha chiesto lo svolgimento di attività di verifica particolarmente complesse, come erroneamente ritenuto dalla società, ma di attività "ordinarie", consistenti nella mera comunicazione dei codici autogenerati sintatticamente corretti, tali da potere essere completate nei tempi richiesti.

Anche i motivi adottati dalla società a giustificazione del proprio ritardo nella fornitura di alcuni dati non meritano accoglimento.

Riguardo alla presunta inidoneità del termine finale del 9 gennaio 2009, a causa della complessità dell'attività e della prossimità della richiesta con il periodo festivo, si rileva che il suddetto termine appare congruo in relazione alla quantità e alla qualità dei dati richiesti.

Si consideri, infatti, che - come emerge dai verbali ispettivi - l'Autorità, al momento della fissazione del termine, ha ampiamente considerato le ragioni della società sopra cennate, con riferimento sia al tempo tecnico di elaborazione ed estrazione dei dati sia alla sopravvenienza del periodo festivo.

Peraltro, dal verbale ispettivo, non emerge che la società abbia contestato il termine, evidentemente condividendone la congruità, salvo poi ricredersi e, a termine scaduto, chiedere prima - con nota prot. AGCOM n. 1516 - una proroga di 10 giorni, poi, in sede di audizione del 5 maggio 2009, la concessione di un tempo supplementare di ulteriori 60 giorni per la produzione dei codici autogenerati sintatticamente corretti.

Anche, quindi, a volere ipoteticamente considerare il termine non congruo, il comportamento della società appare contraddittorio ed equivoco e, in ogni caso, negligente.

Da un lato, Fastweb ha dimostrato di essere essa stessa incerta in merito alle tempistiche sufficienti per la produzione dei dati, non essendo chiaro se per la società bastassero i 10 giorni supplementari richiesti con la nota citata oppure occorresse un periodo maggiore (i 60 giorni richiesti in audizione).

Dall'altro, la società ha eccepito tale presunta inadeguatezza del termine fuori della sua sede naturale (le attività ispettive) e oltre i termini consentiti (a termine scaduto).

Riguardo, infine, alla presunta ambiguità dei dati oggetto di monitoraggio, di cui alle delibere n. 274/07/CONS e n. 68/08/CONS, si rileva che l'errore scusabile trova applicazione quando l'incertezza normativa e le eventuali difficoltà applicative derivano da "elementi oggettivi".

Al riguardo, Fastweb non ha addotto elementi idonei a dimostrare che l'errore sia stato causato da una oggettiva ambiguità del quadro normativo e che le predette difficoltà applicative non fossero superabili con la dovuta diligenza.

Al contrario, il quadro regolamentare appare sufficientemente dettagliato e chiaro, in quanto gli articoli 20-*bis* della delibera n. 274/07/CONS e 4 della delibera n. 68/08/CIR prevedono specifici e circostanziati obblighi informativi per l'operatore *donating* sui dati di migrazione;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'articolo 98, comma 17-*bis*, del decreto legislativo n. 259/03, nel caso di specie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge n. 689/81;

RITENUTA la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'articolo 98, comma 9, del decreto legislativo n. 259/03 da determinarsi tra un minimo di euro 15.000,00 ed un massimo di euro 1.150.000,00";

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria per la violazione contestata nella misura del doppio del minimo edittale, pari a € 30.000,00 (trentamila/00) in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81:

- a. *con riferimento alla gravità della violazione*: va rilevato che il comportamento dell'esercente si sostanzia nella mancata comunicazione, nel termine e con le modalità prescritti, di dati e informazioni richiesti dall'Autorità. Con riferimento a tale condotta, si rileva che:
 - da un lato, l'esercente ha violato un'unica disposizione (l'articolo 98, comma 9) posta a presidio dell'efficienza della azione amministrativa, nella particolare accezione di corretta gestione del flusso informativo di dati tra soggetti regolati e Autorità;
 - dall'altro, la violazione appare di sola condotta, volta a censurare un comportamento scorretto della società nei rapporti con l'autorità, non

essendo nota la sussistenza anche di ulteriori pregiudizi che siano derivati da tale condotta;

- b. *con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione*: va rilevato che la società, con nota prot. AGCOM n. 52229 del 2 luglio 2009, ha trasmesso all'Autorità, seppure con estremo ritardo, dati relativi ai codici autogenerati sintatticamente corretti relativi al mese di novembre 2008;
- c. *con riferimento alla personalità dell'agente*: la società è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire il rispetto di quanto stabilito dall'articolo 98, comma 9, del decreto legislativo n. 259/03;
- d. *con riferimento alle condizioni economiche dell'agente*: la situazione patrimoniale dell'esercente è tale da potere affrontare la sostenibilità della sanzione pecuniaria che si va ad irrogare per la violazione;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento dott.ssa Sabrina Agresta e le risultanze istruttorie;

SENTITA la relazione dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società Fastweb S.p.A., con sede legale in Milano, via Caracciolo, n. 51, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di € 30.000,00 (trentamila/00) per la violazione, nei termini descritti in motivazione, delle disposizioni di cui all'articolo 98, comma 9, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di € 30.000,00 (trentamila/00) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, sul c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa ai sensi dell'articolo 98, comma 9, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*", entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'articolo 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. 412/09/CONS".

Ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo n. 259/03, 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 degli articoli 21 e 23-*bis* 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, 17 luglio 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