

DELIBERA N. 504 /11/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' VODAFONE OMNITEL NV
PER LA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 9 COMMI 1 E 5, DELLA
DELIBERA N. 26/08/CIR, E DELL' ARTICOLO 1, COMMA 11, DELLA
DELIBERA N. 34/09/CIR DI CUI ALLA CONTESTAZIONE N. 1/11/DIR**

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 21 settembre 2011;

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”*;

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

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*, ed in particolare l'articolo 98, comma 11;

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 legge 7 agosto del 1990, n. 241, recante *“nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”* ed in particolare l'articolo 2, così come modificato dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69;

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104 recante *“Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”*;

VISTA la delibera dell'Autorità del 15 marzo 2006 n. 136/06/CONS, ed il relativo *Allegato A*, recante *“Regolamento in materia di procedure sanzionatorie”*, e successive modifiche e integrazioni, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS del 23 aprile 2008;

VISTA la delibera dell'Autorità del 12 marzo 2008 n. 131/08/CONS recante *“modifiche al regolamento in materia di impegni di cui alla delibera dell'Autorità n. 645/06/CONS”*;

VISTA la delibera dell'Autorità del 19 novembre 2009 n. 648/09/CONS, recante *“Modifica all’articolo 12-bis, comma 3, del regolamento in materia di procedure sanzionatorie approvato con delibera n. 136/06/CONS”*;

VISTA la delibera dell'Autorità del 22 luglio 2010 n. 401/10/CONS, recante *“Disciplina dei tempi dei procedimenti”*;

VISTA la delibera dell'Autorità del 14 maggio 2008 n. 26/08/CIR, allegato “A”, recante il *“Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa”* e successive modifiche ed integrazioni di cui alla delibera n. 34/09/CIR del 9 luglio 2009;

VISTA la relazione del Servizio Ispettivo del 21 dicembre 2010, prot. n. ISP/0517/2010, acquisita in pari data al protocollo dell'Autorità al numero 616/dir/10 ed i verbali alla stessa allegati;

VISTA la relazione della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica – Ufficio Disciplina delle Risorse scarse e nuovi servizi prot n. 116/DIR del 4 marzo 2011;

VISTI il verbale di accertamento n. 1/11/DIR ed il conseguente atto di contestazione, entrambi del 6 aprile 2011, notificati alla società Vodafone in data 8 aprile 2011, con i quali si accerta e contesta che la società ha violato le seguenti disposizioni:

1. ha negoziato con soggetti terzi l'uso di archi numerici in sotto-decadi 40 e 41 per l'attivazione di servizi di messaggistica aziendale mobile (cd. MAM). Tali risorse non sono negoziabili in quanto in via esclusiva destinate ad *“uso interno di rete”* e, dunque riservate ai soli operatori di rete, violando l'articolo 9, comma 1, allegato A della delibera n. 26/08/CIR relativo all'utilizzo di numerazione in decade 4, sotto-decadi 40, 41 e 42, per servizi interni di rete. Peraltro, a conferma del censurabile comportamento, è emerso che la società ha continuato in tale condotta attivando fino a data recente siffatte fattispecie negoziali;
2. ha omesso ad Agcom le comunicazioni di dettaglio in ordine a tali utilizzi, in violazione dell' articolo 9, comma 5, allegato A della delibera n. 26/08/CIR relativo a dettagliati obblighi informativi a carico dell'operatore verso l' Autorità;
3. ha, infine, omesso di migrare tutti i servizi - ancora attivi sulle numerazioni interne di rete – alla prescritta ed ultima data utile del 31/01/2010, in violazione dell'articolo 1, comma 11, della delibera n. 34/09/CIR, di modifica parziale ed integrazione della delibera n. 26/08/CIR relativo agli obblighi migratori dei servizi insistenti su decade 4, sotto-decadi 40, 41 e 42, entro il 31 gennaio 2010;

VISTA la nota della società Vodafone del 9 maggio u.s. prot. n.. 236/2011 (prot Agcom n. 22599 del 11 maggio c.a.), con la quale la stessa replica in diritto ed in fatto alle violazioni ascritte con la Cont. n. 1/11/DIR, contestualmente presentando una

proposta preliminare di impegni con effetti sospensivi dei termini procedurali sanzionatori;

VISTA l'audizione della società del 25 maggio 2011 e la definitiva proposta di impegni del 7 giugno 2011 prot. n. 284 (prot. Agcom n. 28819 dell'8 giugno 2011);

VISTA l'inammissibilità della proposta definitiva di impegni riscontrata nella seduta del 23 giugno c.a. ai sensi e per gli effetti dell'articolo 12 bis della delibera n. 136/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni, poiché dilatori e manifestamente inidonei a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore attraverso idonee e stabili misure, con conseguente ripresa dei termini dell'avviato procedimento sanzionatorio n. 1/11/DIR; tale inammissibilità è stata comunicata con nota prot. AGCOM n. 33455 del 30 giugno 2011;

VISTA la finale memoria difensiva della società Vodafone del 28 luglio 2011 prot. n. 392/2011 (prot. Agcom n. 39734 del 28/07/2011) con la quale sono sostanzialmente ribadite le argomentazioni già illustrate con citata nota del 9 maggio 2011;

VISTI tutti gli atti del procedimento, comprensivi della documentazione richiamata nell'atto di contestazione n. 1/11/DIR con particolare riferimento alla documentazione appresa nel corso delle attività ispettive svolte presso la sede della società di Milano dal 14 al 16 dicembre;

CONSIDERATE le argomentazioni contenute nella già summenzionata memoria della società del 9 maggio 2011 e del 28 luglio c.a. con le quali la medesima – chiedendo l'archiviazione del procedimento - ha così inteso replicare all'atto di contestazione:

- a) in via preliminare è opposta l'erroneità o incompletezza in diritto ed in fatto di quanto addebitato con il provvedimento n. 1/11/DIR e a tanto si aggiunge che il provvedimento omette di considerare le circostanze che hanno caratterizzato la modifica della regolamentazione della intera decade 4, in un primo momento considerata interamente come "interna di rete"; ciò ha comportato una prima migrazione dei servizi MAM alla propria clientela dalla sotto-decade 43 alle sotto-decadi attualmente in uso 40 e 41. A ciò si aggiunge di non poter pregiudicare le posizioni della clientela che confida nella possibilità di utilizzare le decadi in questione. Inoltre, costante è stata la dichiarazione a rendersi disponibili ad una migrazione programmata dei servizi da tali numerazioni a quella pubblica da completare entro novembre 2011, avendo già provveduto a migrare circa l'87% dei casi e residuando solo il trasferimento della utenza pregiata per il residuale 15% circa;
- b) che in relazione alle informazioni di dettaglio imposte dall'articolo 9, comma 5, del Piano nazionale di numerazione, la società, contrariamente a quanto contestato, le ha fornite nel corso dell'intercorsa corrispondenza con

l'Autorità riformulando tale compilazione in base alle sollecitazioni ricevute con ulteriori e più completi elementi;

- c) In aggiunta è affermata la “coincidenza” tra le violazioni ascritte ai nn. 1 e 3 dell'atto di contestazione “*essendo la disposizione della delibera n. 34/09/CIR in materia di tempistiche di migrazione un dettaglio operativo*” e per tali ragioni le fattispecie sarebbero da esaminare congiuntamente;
- d) sotto profili di merito, relativamente alla violazione dell'articolo 9, comma 1, della delibera n. 26/08/CIR, si evidenzia che i servizi di messaggistica offerti alla propria clientela di tipo organizzativamente complessa “rientrano” anch'essi nell'ambito dei servizi di rete in ragione delle osservazioni che seguono:
 - 1. il servizio MAM non necessita di interoperabilità con le reti degli altri operatori (salvo alcuni casi);
 - 2. ha natura ancillare perché completa il servizio base offerto al cliente;
 - 3. il messaggio del servizio MAM viene ricevuto dal cliente senza alcun addebito;
 - 4. il contenuto del messaggio è da imputarsi al servizio base richiesto dal cliente;
 - 5. l'uso di numerazione interna non è discriminatorio degli altri operatori stante la disponibilità anche per questi (incluso gli operatori virtuali) di risorse dello stesso tipo.
- e) Infine è contestata anche la cornice editale dell'articolo 98, comma 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche, sulla quale l'Autorità fonda il procedimento sanzionatorio, rilevando, a riguardo, la mancanza dell’*“ordine o diffida”* che legittimerebbe il potere sanzionatorio stesso.

Inoltre, in base ad articolata argomentazione, fondata sulla combinata disposizione degli articoli 15, commi 2 e 5 e dell'articolo 32, comma 2, del Codice citato, è altresì rilevata la carenza del potere da parte dell'Autorità di sanzionare comportamenti connessi all'uso delle risorse numeriche di che trattasi dovendo, dunque la stessa limitarsi ad un generale controllo a che non si determinino squilibri in danno della regolare concorrenza.

VISTA la relazione del 16 settembre 2011 contenente le valutazioni della competente Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica in ordine agli argomenti dedotti dall'operatore Vodafone Omnitel con particolare riferimento alle seguenti repliche:

- 1. Le argomentazioni difensive della società non appaiono convincenti né idonee a superare i rilievi posti alla base della contestazione con cui è stato dato avvio al procedimento di che trattasi. Infatti è stato oggettivamente riscontrato, nell'arco temporale considerato nell'avviato procedimento, che la società

Vodafone Omnitel NV – anche per sua stessa ammissione - ha sistematicamente continuato ad utilizzare, per finalità commerciali le risorse numeriche nelle sotto-decadi 40 e 41 con vincolo di utilizzo specifico e circoscritto ai soli servizi interni di rete.

In via principale non risulta attenuata la responsabilità dell'operatore dalle richiamate contingenze che l'avrebbero costretta, già una prima volta, a migrare dalla sotto-decade 43 alle sotto-decadi 40 e 41 i servizi di messaggistica aziendale mobile.

A riguardo, infatti, è lo stesso operatore che dichiara di avere fornito tali servizi su numerazione in precedenza considerata "*interna di rete*" e poi cambiata, per effetto delle modifiche ed integrazioni al Piano nazionale, apportate con la delibera n. 34/09/CIR. In altri termini, risulta che Vodafone abbia sempre utilizzato le decadi dedicate e vincolate ai soli servizi interni di rete per fornire servizi che tali non sono. Né particolarmente significativo è il più volte richiamato "*spirito collaborativo*" della società che conferma la continuità del suo illegittimo operare, ravvisato anche in sede di ispezione e confermato dalla stessa sia nella corrispondenza citata, sia - e finanche - nel programma di impegni, respinto anche e significativamente a causa della dilatorietà dello stesso.

Non appare in alcun modo giustificabile, invero, la ulteriore proroga richiesta da Vodafone per ottemperare ad un obbligo migratorio specifico che le imponeva il trasferimento di ogni servizio, offerto sulle decadi impropriamente utilizzate, al 31 gennaio 2010.

2. Quanto alla asserita erroneità della contestazione relativa alla mancata comunicazione delle informazioni di dettaglio, sul tipo di servizi offerti, e di cui al punto 2) dell'atto di contestazione, si osserva che: a nulla vale richiamare la corrispondenza intercorsa con l'Autorità da dicembre 2009 a maggio 2010 in ordine a siffatto argomento, in quanto la stessa Vodafone afferma e ribadisce, anche nel corso delle attività ispettive (che si intendono qui richiamate integralmente), che proprio per effetto della cessione in uso ai suoi clienti, delle decadi qui considerate, non è in grado di fornire informazioni di dettaglio sul tipo di servizi offerti su tali risorse, limitandosi la società a veicolare, attraverso la propria architettura di sistema, i messaggi di tali clienti da e verso la clientela finale.

Del resto la società non è stata in grado, all'atto della verifica condotta presso la sua stessa sede, di fornire un *data base* completo delle informazioni così come pretese dall'articolo 9, comma 5, ed ha confermato, attraverso il costante utilizzo del medesimo modello contrattuale, di circoscrivere alla sola modalità tecnica di attivazione del servizio la propria conoscenza sui contenuti dello stesso. Inoltre, non meno significativamente, è lo stesso operatore a dichiarare di aver ritenuto di procedere "*comunicando gli archi di numerazioni interne utilizzate... senza entrare nel dettaglio di ciascuna...*" (v. note del 9 maggio 2011 e del 28 luglio).

3. Né, tantomeno, appare giuridicamente apprezzabile l'asserzione di parte in ordine alla non contestabilità dell'omessa migrazione - di cui al punto 3) del provvedimento n. 1/11/DIR.- in virtù dell'asserita "*coincidenza*" tra la violazione di siffatto obbligo migratorio con il continuato illegittimo uso delle indicate risorse di cui al punto 1).

Si osserva a riguardo che risulta apodittica l'affermazione, da parte della società, della necessità di trattare congiuntamente gli addebiti, attribuendo alla coincidenza il differente significato di equivalenza o identità degli stessi. In replica a tali argomenti è agevole sottolineare che si tratta di comportamenti sostanzialmente diversi la cui valenza, non può essere ridimensionata ritenendo, come l'operatore fa, che un preciso obbligo, sia valutabile semplicemente come "*dettaglio tecnico*" attinente alla tempistica di adeguamento alle nuove misure.

E' sufficiente riflettere sul fatto che quanto contestato al punto 3) del provvedimento riguarda uno specifico obbligo contenuto in altrettanta specifica disposizione, quella per l'appunto dell'articolo 1, comma 11, della delibera n. 34/09/CIR integrativa al Piano nazionale di numerazione ed è altrettanto evidente, sia sul piano logico che giuridico, che la inosservanza di tale sancito comportamento realizza una violazione di tipo omissivo da non porre sullo stesso piano, dunque, dell'*agere contra legem* della società per tutto il tempo in cui ha utilizzato - con attività commerciale preordinata in tal senso - le risorse dedicate specificamente ai servizi interni di rete per consentire a terzi non operatori di fornire, a loro volta, servizi non interni di rete diretti verso e dalla indifferenziata platea dei loro clienti finali.

In altri termini non risultano affatto sovrapponibili una palese omissione (art. 1, comma 11, delibera n. 34/09/CIR) con una altrettanto chiara azione violativa (art.9, comma 1, delibera n. 26/08/CIR).

Su tale argomento, peraltro, va aggiunto, che la resistenza dalla società nel non ottemperare, ancora oggi, al suddetto obbligo migratorio rivela la sottostante necessità di trattenere una categoria di clienti particolarmente remunerativa, talché la più volte prospettata scansione temporale delle migrazioni ha sempre tenuto conto, dichiaratamente, delle esigenze di siffatta tipologia di clienti, collegate alla particolare complessità delle rispettive organizzazioni ed alla peculiarità delle attività da questa stessa clientela svolte. Vodafone ha in ogni occasione (ispezione, presentazione degli impegni, audizione, ecc) sempre associato il completamento di tale asserito "*residuale*" (circa 15%) passaggio, su diversa ed appropriata numerazione, alle esigenze dei propri clienti *corporate* (tipo banche, enti pubblici ecc) piuttosto che ad un preciso obbligo regolamentare, trascurando di considerare che l'aver negoziato decenni non negoziabili non può essere in alcun modo giustificato in virtù dell'applicazione del generale principio di auto responsabilità, per effetto del quale Vodafone sopporta le negative conseguenze connesse alla condotta programmata e tenuta.

In definitiva si osserva che, il ragionamento svolto dall'operatore è basato in prevalenza sull'enfaticizzazione delle vicende contrattuali che lo legano al proprio cliente, ridimensionando la portata regolamentare della delibera violata.

4. Nemmeno appaiono condivisibili le osservazioni difensive di merito opposte al provvedimento di contestazione ed in particolare riferibili al punto 1) dello stesso, con il quale si ascrive all'operatore di avere diffusamente utilizzato le risorse da impegnarsi diversamente, continuando ad attivare sulle stesse servizi MAM.

Come sopra riferito, l'operatore in base ad unilaterale interpretazione, ritiene che i servizi MAM "*rientrino*" nei servizi interni di rete risultando essi del tutto equivalenti a quelli esemplificativamente indicati come tali dalla Direzione Reti nell'intercorsa corrispondenza con la società. A sostegno di tale prospettazione lo stesso operatore elabora ragionamenti di merito, di cui ai punti da 1 a 5 della nota del 9 maggio citata.

Ebbene, oscuro appare il ragionamento di cui al punto 1 basato semplicisticamente sulla non necessità per i servizi MAM dell'interoperabilità, come per gli altri servizi di tipo interno alla rete. Peraltro è lo stesso operatore che ipotizza una "salvezza" in altri e non chiariti casi. Il ragionamento del punto 2 è analogo al punto 4 ed è anch'esso fondato sulla natura ancillare del servizio MAM in quanto rappresenterebbe un completamento del servizio base al cliente. Ma, al riguardo si osserva che nella pratica attualmente corrente ciò non accade. Infatti, la prestazione offerta dai cd. clienti *corporate* attraverso il servizio MAM può essere considerata "ancillare", ma dei servizi della più varia natura offerti proprio da tali imprese (che stipulano contratti proprio per i servizi in parola con Vodafone), verso propri clienti. Tali servizi per questa ragione, non sono "ancillari" al servizio telefonico base fornito, invece, direttamente da Vodafone ai propri clienti e senza intermediari. Siffatta caratteristica è ascrivibile al servizio di rete che, per sua stessa natura può essere svolto solo dall'operatore di rete.

Né dirimente sembra l'affermazione di cui al punto 3 in ordine alla gratuità dello stesso, come per i servizi interni di rete. Infatti se la gratuità vale sulla sotto-decade 40, non è altrettanto per i servizi offerti su sotto-decade 41 che sono pagati secondo il piano tariffario, come del resto è emerso dalla documentazione contrattuale appresa nel corso delle verifiche ispettive. In tale documentazione risulta confermato che il piano di abbonamento a tale tipologia di servizi prevede contrattualmente che l'uso del messaggio - da e verso il cliente - quando si tratta di servizi offerti su sotto-decade 41, è pagato dalla clientela secondo il piano tariffario.

Analogo e non convincente ragionamento è quello di cui al punto 5 dove si sostiene che l'avere impiegato sotto-decadi 40 e 41 per servizi MAM non discriminerebbe nemmeno gli altri OLO ai quali sono riservate le stesse possibilità, inclusi gli operatori virtuali. Anche in tal caso non si comprende il

filo logico seguito da Vodafone risultando, secondo la prospettiva dell'operatore, legittimo un comportamento che tale non è - come da regolamento - semplicemente perché gli altri concorrenti, del pari, avrebbero la stessa possibilità di utilizzare risorse non utilizzabili.

5. Infine, in ordine alle argomentazioni opposte da Vodafone che, non ravvisando equivalenza tra le delibere e l'”ordine amministrativo o diffida” preteso dal Codice delle comunicazioni elettroniche, afferma l'inutilizzabilità del presidio sanzionatorio di cui al articolo 98, comma 11, deve invece contrariamente argomentarsi come di seguito.

Appare evidente infatti che entrambe le disposizioni sulle quali è fondata la contestazione sono contenute nel Piano nazionale di numerazione che certo non può, per la materia trattata, definirsi di natura generale ed astratta imponendo – diversamente da quanto sostenuto dalla società - obblighi comportamentali rivolti con puntualità e in modo specifico ad una ben circoscritta ed altresì individuata categoria di destinatari : gli operatori di comunicazioni elettroniche. Tale ragione, unita alla immediata vincolatività degli stessi, ne comprova in modo evidente la natura di “ordine amministrativo”, in completa aderenza a quanto preteso dal Codice. A tali osservazioni controdeduttive debbono affiancarsi, poi, non meno significative considerazioni in ordine all'ipotizzata carenza, in capo all'Autorità, del potere di intervenire in siffatte questioni.

A riguardo appare decisivo contro argomentare che la asserita carenza di potere sanzionatorio dell'Autorità in tale circostanza non appare supportata dai ragionamenti della società, seguendo i quali emergerebbe un quadro normativo incoerente. Infatti, accedendo agli argomenti utilizzati dall'operatore per smentirne la potestà sanzionatoria, l'Autorità dovrebbe limitare il proprio intervento alla sola ed esclusiva vigilanza sulla concorrenza tra le imprese al fine di presidiarne la effettiva regolarità. In altri termini l'articolo 15 del d.lgs. n.259/2003 attribuirebbe *in subiecta materia* il potere sanzionatorio solo in capo al Ministero. Vale *ex adverso* osservare che è la legge istitutiva dell'AGCOM n. 249/97 ad attribuire alla stessa il potere di determinare i criteri di definizione del Piano di Numerazione Nazionale mentre è lo stesso - impropriamente invocato - articolo 15 del Codice delle comunicazioni elettroniche a sancire il connesso ed altresì coerente potere di vigilare in capo all'Autorità.

Dalla lettura combinata e ragionevole delle specifiche disposizioni (del Codice e della Legge istitutiva) si conferma un potere di vigilanza dell'Autorità sul corretto uso delle modalità di esercizio della risorsa numerica mirata soprattutto ad una verifica di tipo non discriminatorio. In altri termini una lettura coerente e di sistema delle norme suggerisce che l'Autorità, dopo avere stabilito il piano di assegnazione, ha potere di vigilanza in ordine alle modalità di utilizzo non discriminatorio delle risorse da essa stessa regolate (Art. 15, comma 2), e, cioè, non difforme dai criteri descritti nel proprio provvedimento (PNN) e dai principi che lo ispirano.

Il potere attribuito all'Autorità, in ragione delle proprie competenze, si estenderebbe dunque a tutti gli obblighi di natura specifica cui la norma espressamente rinvia, e che si riferiscono, appunto, alle modalità di utilizzo delle risorse assegnate.

Ne discende che, attese le competenze dell'Autorità, essa poi abbia il potere di accertare la violazione di una propria regola, contestarla, quindi, nelle forme normativamente previste ed infine adeguatamente sanzionarla in base alle disposizioni "di chiusura" del presidio normativo di cui all' art. 98 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Diversamente opinando si finirebbe per sostenere illogicamente l'esistenza di un potere di vigilanza che, privo della consequenziale potestà sanzionatoria apparirebbe una *imago sine re*, di fatto, cioè, svuotato di ogni contenuto.

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;

CONSIDERATE le conclusioni istruttorie di cui alla citata relazione della competente Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica in ordine ai criteri da adottarsi per la determinazione della sanzione ed in particolare riferiti alla differenziazione dell'ammontare sanzionatorio in relazione a ciascuna delle violazioni accertate così come di seguito distinte:

1) relativamente alla contestazione di cui all'articolo 9, comma 1, della delibera n. 26/08/CIR [*parag. a*) della Cont. n.1/11/DIR] in ordine alla quale appare rilevante il protratto e diffuso uso (circa 700 numeri ancora attivi) dell'*agere contra legem*, a cui si aggiunge la notevole dimensione aziendale dell'agente cui corrisponde la capacità di incidere significativamente nel settore di riferimento condizionandone il regolare andamento, si procede in applicazione del criterio del cumulo giuridico in quanto l'operatore, con una unica azione di tipo strategico aziendale, ha violato più volte la stessa norma negoziando con molteplici soggetti decadi numeriche non negoziabili . Per tale fattispecie, considerando che la medesima è punibile ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 259/03 appare ragionevole dimensionare la sanzione in € 150.000 (centocinquantamila) determinandone l'importo nell'ambito di tale *range* di riferimento ed altresì ai sensi dei criteri indicati dall' articolo 11 della Legge n. 689. Tale individuata somma è poi, aumentata fino al triplo in applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 8, comma 1, della medesima legge n. 689/81, con importo finale di € 450.000 (quattrocentocinquantamila).

2) per la contestazione relativa all'articolo 9, comma 5, della delibera n. 26/08/CIR [*parag. b*) della Cont. n. 1/11/DIR], deve considerarsi che l'omessa o parziale comunicazione di dettaglio sulla tipologia di servizi resi, sulle sotto-decadi interne di rete 40 e 41, esaurisce la sua portata violativa in un unico momento, cioè quello in cui, ad espressa richiesta risulta contrapposta, invece, una risposta non conforme alle disposizioni regolamentari. Peraltro si consideri che la società, a fronte

del comportamento omissivo, anche formalmente addebitatole, non ha mai tentato nemmeno di attenuare le conseguenze della violazione, almeno comunicando, seppure in ritardo, le richiamate informazioni. Conseguentemente, in ragione di tali valutazioni, appare congruo determinare l'importo sanzionabile in considerazione della manifesta e dichiarata volontà dell'agente di non “*entrare nel dettaglio tecnico*” ritenendo unilateralmente soddisfatta una differente e chiara pretesa regolamentare. Ciò considerato, anche per tale ipotesi violativa, la sanzione comminata ai sensi dell'articolo 98, comma 11 del D.Lgs n. 259/03 ed in applicazione dei richiamati criteri dell'articolo 11 della legge n. 689/81, è determinata in € 150.000 (centocinquantamila).

3) Infine, per quanto riguarda la fattispecie illegittima contestata in violazione dell'articolo 1, comma 11, della delibera n. 34/09/CIR [*parag. c)* della Cont. n. 1/11/DIR], considerato che anche in tal caso l'obbligo migratorio, al quale la società ha omesso di ottemperare, risulta fissato ad un ben individuato termine, quello del 31 gennaio 2010, e che quindi in tale data, ed in un solo momento, l'omissione ascritta all'operatore esaurisce i suoi effetti, e che, altresì, tale obbligo non risulta ottemperato nemmeno in seguito, appare congruo determinare la sanzione, ai sensi dell'articolo 98, comma 11, e dell'articolo 11 della legge 689/81, per un importo di € 150.000 (centocinquantamila) in ragione e considerazione della personalità dell'agente e delle proprie dimensioni aziendali.

RITENUTO, quindi, di dover determinare la sanzione pecuniaria secondo l'iter logico sopra evidenziato nella misura complessiva di € 750.000 (settecentocinquantamila) e che in tale commisurazione rilevano altresì i criteri di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81:

- a. *con riferimento alla gravità delle violazioni:* negli illeciti contestati la condotta attiva ovvero gli effetti delle omissioni si sono protratti nel tempo, anche successivamente alla contestazione;
- b. *con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione:* si rileva l'assenza di ogni iniziativa della società finalizzata alla rimozione degli illegittimi comportamenti altresì riscontrando – viceversa - la costante e dichiarata convinzione della medesima di persistere nell'uso legittimo della numerazione in sotto-decadi 40 e 41, fino a novembre 2011. La società inoltre, non meno sintomaticamente, ha unilateralmente ritenuto di potere adempiere all'obbligo di comunicazione limitandosi al solo e parziale invio di una mera elencazione di archi numerici “interni” utilizzati per i servizi MAM nel priva di ogni altro dettaglio . Tale atteggiamento è persistito anche dopo la formalizzazione della contestazione. Così come tutt'ora persistente è la mancata migrazione di tutti servizi ancora attivi sui servizi interni di rete;
- c. *con riferimento alla personalità dell'agente:* la società è dotata di un'organizzazione interna certamente idonea a garantire il rispetto di quanto

stabilito dalle disposizioni violate e, dunque, adatta a valutare compiutamente quanto contestato;

- d. *con riferimento alle condizioni economiche dell'agente*: le stesse sono tali da consentire l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie come sopra determinate;

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

ORDINA

alla società Vodafone Omnitel NV, con sede in Amsterdam (Olanda), e sedi in Roma, piazza SS. Apostoli, n. 81, e Ivrea, via Jervis, n. 13, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di € 750.000 (settecentocinquantamila) per la violazione, nei termini descritti in motivazione, delle disposizioni di cui all' articolo 9, commi 1 e 5, della delibera n. 26/08/CIR e dell'articolo 1, comma 11, della delibera n. 34/09/CIR, sanzione comminata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 e degli articoli 8, comma 1, e 11 della legge n. 689/81;

DIEFFIDA

la predetta società all'immediata cessazione di ogni attività e/o comportamenti in violazione dell'articolo 9, commi 1 e 5, della delibera n. 26/08/CIR e dell'articolo 1, comma 11, della delibera n. 34/09/CIR;

INGIUNGE

alla citata società di versare 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, la somma di € 750.000 (settecentocinquantamila) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato, avente sede a Roma, utilizzando il bollettino c/c n. n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, con delibera n. 504/11/CONS*" ovvero, in alternativa, indicando la medesima causale, utilizzando il codice IBAN: IT 5400100003245348010237900 per l'imputazione della medesima somma al capitolo 2379, capo X, mediante conto corrente bancario dei servizi di Tesoreria provinciale dello Stato.

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. 504/11/CONS*".

Ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lett. l) e dell'art. 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell' art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni decorrenti dalla notifica del medesimo.

La presente delibera è notificata alla società Vodafone Omnitel N.V. ed è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 21 settembre 2011

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

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