

DELIBERA n. 539/12/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' H3G S.P.A. PER LA
VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 98, COMMA 11, DEL DECRETO
LEGISLATIVO N. 259/2003
(PROC. SANZ. n. 16/12/DIT)**

L'AUTORITA'

NELLA riunione di Consiglio dell'8 novembre 2012;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* n. 138 del 15 giugno 2012, e successive modifiche ed integrazioni;

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

VISTO il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007 recante "Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 120 del 25 maggio 2007 e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 16/12/DIT dell'8 giugno 2012, notificato alla parte in data 14 giugno 2012, con il quale veniva contestata alla società H3G S.p.A. la violazione dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/2003 per non aver ottemperato all'ordine impartito dal Corecom Emilia Romagna con il provvedimento n. 2/2011, adottato ai sensi del Regolamento di cui alla delibera n. 173/07/CONS e s.m.i. in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

VISTA la nota del 25 giugno 2012 con la quale la società H3G S.p.A. ha richiesto di essere sentita in audizione esponendo, al contempo, alcune prime osservazioni in merito alla contestazione ricevuta ;

SENTITA la società nel corso dell'audizione tenutasi in data 6 luglio 2012 ed acquisiti, in quella sede, i documenti elencati nel relativo verbale;

VISTA la successiva nota del 13 luglio 2012 con la quale la società interessata ha prodotto ulteriori osservazioni in merito ai fatti oggetto di accertamento;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società H3G S.p.A.

La società H3G S.p.A., nelle memorie difensive trasmesse, e negli ulteriori documenti depositati in sede di audizione, ritiene che la contestazione dell'Autorità sia ingiustificata per i seguenti motivi:

- 1) in via del tutto preliminare, la società ritiene manifestamente infondata la contestazione in oggetto atteso che l'inottemperanza alla delibera n. 2/2011 adottata dal Corecom Emilia Romagna non viola in alcun modo l'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/2003 in considerazione dell'avvenuto esercizio del superiore diritto di difesa, contemplato dall'articolo 24 della Costituzione, collegato al deposito al Tar Lazio del ricorso, con richiesta di sospensiva, avverso la predetta delibera e notificato anche all'Autorità;
- 2) la società, anzitutto, pone in evidenza che la deliberazione n. 2/2011 del Corecom dell'Emilia Romagna è oggetto di un'articolata vicenda giudiziaria ancora in corso. In data 15 aprile 2011, H3G notificava ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio avverso la deliberazione n. 2/2011 del Corecom Emilia Romagna. La società ricorrente ne domandava "*l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia*". Con la sentenza n. 6622/2011, il TAR adito definiva il giudizio, dichiarando il ricorso inammissibile "*per difetto di giurisdizione*". Avverso detta sentenza, proponevano appello le Amministrazioni in via principale e H3G in via incidentale. Con sentenza n. 6786 del 22 dicembre 2011, l'Ecc.mo Consiglio di Stato adito affermava la giurisdizione amministrativa e rinviava la causa al TAR. Con ricorso notificato in data 3 febbraio 2012, H3G riassumeva il giudizio dinanzi al TAR del Lazio, reiterando la domanda di annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia della deliberazione n. 2/2011.

Il Collegio, ritenendo di potere definire il giudizio nel merito, fissava l'udienza del 4 luglio 2012, all'esito della quale la causa veniva trattenuta in decisione. Le parti sono pertanto in attesa della sentenza;

- 3) H3G osserva, inoltre, che l'articolo 98, comma 11, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, concerne "*ordini [...] impartiti ai sensi del Codice*", ossia ordini che trovano diretto fondamento nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche. I provvedimenti assunti dai Corecom in sede di definizione delle controversie tra clienti e operatori, invece, non rientrano nella detta definizione. I Corecom sono stati introdotti con l'articolo 1, comma 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Autorità. Ne deriva che, a voler tutto concedere, la fattispecie da cui il presente procedimento prende le mosse dovrebbe essere ricompresa nel concetto di "*ordini [...] dell'Autorità, impartiti ai sensi della presente legge*" (articolo 1, comma 31, legge n. 249/1997), con la conseguenza dell'eventuale applicabilità del più mite regime sanzionatorio ivi previsto;
- 4) difetta la "gravità della violazione", laddove il mancato tempestivo ottemperamento di H3G all'ordine impartito dal Corecom Emilia Romagna non ha comportato disagi e/o ulteriori problemi o disservizi né allo Studio Tecnico Belloni, né, tantomeno, ai clienti in generale. Ciò è tanto più avvalorato dall'inerzia e passività dimostrata dal Belloni, che dal mese di gennaio 2011 non è intervenuto nel giudizio dinanzi il TAR né in quello di impugnazione dinanzi il Consiglio di Stato, dimostrando così di non aver, in alcun modo, risentito dell'inottemperanza da parte di H3G, la quale, come detto, ha esperito il rimedio giurisdizionale all'uopo previsto. In ogni caso, H3G evidenzia di aver provveduto a corrispondere al sig. Belloni quanto riconosciuto dal Corecom Emilia Romagna, nonostante, si ribadisce, la decisione circa la legittimità del provvedimento sia *sub judice* con il rischio che, in caso di accoglimento delle ragioni di H3G, questa dovrà agire con ogni mezzo, e sostenendo i relativi costi, per il recupero dell'importo;
- 5) come precisato nella contestazione n. 16/12/DIT, l'Autorità ha assegnato alla società H3G, ai sensi dell'articolo 12-bis dell'allegato A della Delibera n. 136/06/CONS, 30 giorni di tempo per presentare "*una proposta preliminare di impegni, purché abbia cessato la condotta contestata. La proposta deve essere finalizzata a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure*". Tale facoltà viene normativamente concessa per consentire all'operatore destinatario di un procedimento sanzionatorio, che ne abbia interesse, di porre in essere comportamenti che possano neutralizzare gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento contestato così da determinare, laddove valutati positivamente, la sospensione del procedimento sanzionatorio medesimo, fino alla verifica dell'effettivo adempimento degli impegni stessi.
È di chiara evidenza, tuttavia, che la violazione contestata presuppone una condotta che abbia cagionato conseguenze anticompetitive, che possano essere rimosse con (i) la cessazione della condotta contestata e con (ii) impegni finalizzati a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore, attraverso idonee e stabili misure che rimuovano le conseguenze anticompetitive dell'illecito.

Nel caso di specie, in verità, H3G, dopo l'avvenuta notifica della contestazione in questione ha potuto solo soddisfare il primo requisito del Regolamento citato, ossia la cessazione della condotta contestata, dando esecuzione alla delibera impugnata, senza poter assumere ulteriori impegni di futura ottemperanza ai provvedimenti definitori dei Corecom, atteso che la fattispecie oggetto di contestazione rappresenta, ad oggi, il primo ed unico caso di inadempimento.

Ciò posto, H3G è, di fatto, privata della facoltà di avvalersi dei vantaggi normativamente concessi dall'art. 12 bis dell'allegato A della Delibera 136/06/CONS, in quanto la fattispecie contestata, di per sé, non è idonea ad alterare la concorrenza nel settore (anche in virtù dell'unicità della condotta censurata) e non comporta alcuna conseguenza anticompetitiva;

- 6) l'entità della sanzione – sia pure nel suo importo minimo pari ad euro 120.000 – appare palesemente sproporzionata rispetto all'entità dell'importo oggetto della delibera, pari a circa 15.000 euro. Sembra, infatti, contrastare con il principio di ragionevolezza, di cui all'articolo 3 della Costituzione, l'applicazione di una medesima disciplina sanzionatoria - la disposizione contenuta nell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/2003 - a fattispecie tra loro non omogenee quali sono le violazioni di ordini che incidono sulla concorrenza e la violazione di ordini di per sé insuscettibili di provocare simili alterazioni del mercato;
- 7) la società, da ultimo, sottolinea la propria buona fede nella vicenda occorsa, avendo essa ritenuto sospeso- secondo conforme prassi amministrativa – l'ordine di ottemperare, in pendenza di sospensiva e ricorso avverso la delibera impugnata, almeno fintanto che il Tar non si fosse pronunciato espressamente sulla ammissibilità o meno della sospensiva medesima.

II. Valutazioni dell'Autorità

Le giustificazioni addotte dalla Società non possono essere accolte al fine di escludere la responsabilità dell'operatore in merito alla condotta contestata per le seguenti motivazioni.

- i) Occorre rilevare, in via preliminare ed ai fini di una esaustiva analisi della problematica in esame, che la delibera n. 173/07/CONS, recante il Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti, e le successive modificazioni ed integrazioni, costituisce la disciplina di attuazione delle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 259/2003, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, e segnatamente dell'articolo 84, comma 1, il quale testualmente recita: *“L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie tra i consumatori e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, relative alle disposizioni di cui al presente Capo ed inerenti alle condizioni contrattuali o alla esecuzione dei contratti riguardanti la fornitura di tali reti o servizi. Tali procedure consentono una equa e tempestiva risoluzione*

delle controversie prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo, fermo restando la tutela giurisdizionale dei contraenti prevista dalla vigente normativa". Ne discende che la previsione del predetto Regolamento all'articolo 19, comma 3, ove si specifica che il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/2003, ha natura meramente ricognitiva, trattandosi di una chiara tipologia di provvedimento amministrativo che si distingue per i suoi caratteri di autoritatività ed esecutività;

- ii) Appare opportuno sottolineare che la delibera di definizione di una controversia insorta tra utenti ed operatori di comunicazione elettronica, in quanto ordine, si connota per la sua capacità intrinseca di incidere sulla sfera giuridica del destinatario della decisione senza bisogno del suo consenso ed implica la produzione immediata del risultato concreto in esso previsto in quanto l'atto è considerato pienamente valido ed efficace fino a quando il privato non ne chieda ed ottenga la sospensione ovvero l'annullamento in sede giurisdizionale. In tale prospettiva, l'ordine definisce esattamente il comportamento che deve tenere il destinatario il quale è obbligato ad eseguirlo *in toto* incorrendo, in caso contrario, in sanzioni amministrative comminate quale conseguenza giuridica di un illecito amministrativamente censurato al quale l'ordinamento ricollega, in via principale, il pagamento di una somma di denaro. A tal proposito, non appare meritevole di accoglimento l'eccezione della società H3G riferita all'esercizio del superiore diritto di difesa previsto dall'articolo 24, della Costituzione repubblicana, in quanto tale facoltà di legge ben poteva essere esercitata nei termini previsti per l'esecuzione del provvedimento, ossia trenta giorni, al fine di ottenere una pronuncia sospensiva e non, come avvenuto nei fatti, l'ultimo giorno utile previsto per l'impugnazione, ossia al sessantesimo giorno dall'avvenuta notifica del provvedimento da parte del Corecom. Ne discende, inevitabilmente, che tale comportamento denota una mancanza di interesse ai fini dell'immediata impugnazione del provvedimento e rende maggiormente evidente un inadempimento privo di qualsivoglia giustificazione;
- iii) Nella fattispecie in esame, la delibera di definizione adottata dal Corecom Emilia Romagna, come peraltro dichiarato dalla stessa società H3G S.p.A., non ha ancora formato oggetto di alcuna pronuncia giurisdizionale né di contenuto sospensivo né di contenuto decisorio per cui ha conservato intatti i suoi caratteri di legittimità ed autoritatività che concorrono, da un lato, a non violare il principio di conservazione delle situazioni giuridiche e, dall'altro, a non rinviare a tempo indeterminato la tutela degli interessi della parte che, si presume, sia il contraente più debole del rapporto contrattuale controverso. In questa prospettiva, preme sottolineare che l'entità della sanzione è precipuamente determinata dalla legge onde consentire una più penetrante tutela dei consumatori ed utenti a fronte di violazioni che il medesimo Codice delle comunicazioni elettroniche ha già contemplato come particolarmente rilevanti nel quadro normativo nazionale e comunitario riferito alle vicende che interessano i rapporti contrattuali tra utenti ed operatori di

comunicazione elettronica, a prescindere dal valore economico connesso alle singole controversie;

- iv) Da ultimo, la circostanza che la società H3G S.p.A. ha ottemperato alle statuizioni contenute nella delibera n. 2/2011 del Corecom Emilia Romagna, peraltro solo a seguito dell'avvenuta notifica di un atto di contestazione da parte dell'Autorità, costituisce unicamente un comportamento valutabile ai fini della concreta determinazione dell'importo della sanzione secondo i criteri di cui alla legge n. 689/1981 e non già un atto idoneo ad escludere la responsabilità del gestore che, lo si ripete, in assenza di una pronuncia di sospensione ovvero di caducazione dell'atto amministrativo, avrebbe dovuto eseguire senza indugio il provvedimento.

RITENUTA, in conclusione, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, avendo accertato che la società H3G S.p.A., come meglio precisato in motivazione, non ha fornito giustificazioni atte ad escludere la propria responsabilità per la violazione contestata in sede di avvio del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue ai fini della irrogazione della sanzione e della sua quantificazione:

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la società, con la propria condotta, ha leso il diritto dell'utente ad ottenere tempestivamente quanto riconosciutogli dal Corecom Emilia Romagna nella delibera n. 2/2011;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione degli effetti conseguenti alla violazione commessa, va tenuto conto che la Società, ha provveduto ad eseguire, successivamente alla notifica dell'atto di accertamento da parte dell'Autorità, il provvedimento in questione;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società H3G S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire la puntuale e corretta applicazione della normativa in materia di trasparenza tariffaria e tutela degli utenti;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sotto determinata, che tuttavia può ritenersi sufficientemente afflittiva nella misura del minimo edittale.

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura del minimo edittale, pari ad euro 120.000,00 (centoventimila/00), in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Martusciello, relatore ai sensi dell'articolo 31 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società H3G S.p.A., con sede in Via Tucidide, n. 56 - 20134 Milano, di pagare la somma di euro 120.000,00 (centoventimila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259;

INGIUNGE

alla medesima Società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT5400100003245348010237900, 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 - Delibera n. 539/12/CONS", 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 10 giorni dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "Delibera n. 539/12/CONS".

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

La presente delibera è notificata alla parte e pubblicata nel sito web dell'Autorità www.agcom.it

Roma, 8 novembre 2012

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Martusciello

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE *ad interim*
Laura Aria