

DELIBERA N. 624/08/CONS
ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' BT ITALIA S.P.A. PER LA
VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 5, COMMI 1 E 2, DELLA DELIBERA N.
9/03/CIR DI CUI ALLA CONTESTAZIONE N. 5/08/DIR

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 6 novembre 2008;

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 11;

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 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 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 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 dell'Autorità n. 9/03/CIR recante "*Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa*", e in particolare l'articolo 5, comma 1, secondo cui "*l'operatore di accesso o, dove applicabile, l'operatore titolare dei diritti d'uso delle numerazioni anche mediante accordi con i fornitori di servizi, stabilisce le tariffe applicabili alle chiamate dirette ai servizi offerti sulle numerazioni di cui al presente provvedimento nel rispetto dei seguenti criteri: a) nel caso di servizi tariffati in base alla durata, il prezzo addebitato al cliente chiamante è proporzionale alla durata effettiva della comunicazione, salvo una eventuale e ragionevole quota fissa addebitata alla risposta; b) nel caso di accesso a servizi tariffati secondo modalità forfetarie, il prezzo è addebitato al cliente chiamante solo al termine dell'effettivo completamento del servizio richiesto*" e il successivo comma 2 secondo cui "*l'espletamento dei servizi su numerazioni per servizi a sovrapprezzo, numerazioni per servizi di numero unico e numerazioni per servizi di numero personale è preceduto da un annuncio fonico sulla tariffa applicata*";

VISTO il verbale di accertamento n. 5/08/DIR e il conseguente atto di contestazione n. 5/08/DIR del 12 giugno 2008, entrambi notificati in data 13 giugno 2008, con il quale è stata contestata alla società BT Italia S.p.A. la violazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 5 della delibera n. 9/03/CIR, in quanto, con riferimento alle numerazioni 892324, 899900063, 899855845 e 899855820, da un lato, ha effettuato un addebito all'utente chiamante, senza assicurare la fruizione di alcun servizio e, dall'altro, nell'annuncio fonico, ha omesso di indicare la tariffa applicata, e si individua nel dirigente Dott.ssa Sabrina Agresta il responsabile del procedimento;

VISTE, in particolare, le attività ispettive compiute nei giorni 29 febbraio e 7 aprile 2008, dalle quali è emerso che:

- con riferimento alla numerazione 892324 a seguito di una chiamata effettuata alle ore 12.54 del 7 aprile 2008, relativa al centro servizi Jet-Multimedia, veniva effettuato un addebito a fronte di una telefonata interrotta durante il messaggio fonico e, in aggiunta, veniva anche riscontrata la carenza dell'indicazione del prezzo del servizio per le chiamate originate da rete mobile;
- con riferimento alle ulteriori tre numerazioni sopra menzionate, relative a centri servizi ignoti, a seguito di tre successive chiamate effettuate in data 29 febbraio 2008, venivano riscontrati tre addebiti in assenza di fruizione di servizio e, inoltre, la mancanza dei rispettivi messaggi fonici gratuiti;

VISTI gli atti del procedimento, comprensivi della documentazione richiamata nell'atto di contestazione n. 5/08/DIR;

UDITA la società interessata in data 10 luglio 2008;

VISTA la memoria difensiva consegnata a mano nell'ambito dell'audizione del 10 luglio 2008, come integrata dalla nota prot. AGCOM n. 45374 del 23 luglio 2008;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata

La società BT Italia, al fine di provare l'insussistenza della violazione a proprio carico, ha argomentato quanto segue.

In primo luogo, la società ha basato la sua linea difensiva sul presupposto che al tempo della supposta violazione la delibera n. 9/03/CIR non era più in vigore, in quanto tacitamente abrogata dal decreto del ministro delle comunicazioni 2 marzo 2006, n. 145 recante "*Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo*" (il Regolamento), adottato in attuazione di quanto disposto dall'articolo 25 del decreto legge n. 545/96 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 650/96 (tale norma dispone che l'ex Ministero delle poste e delle telecomunicazioni adotti un regolamento contenente norme riguardanti l'accesso ai servizi audiotex, videotex, ed a quelli offerti su codici internazionali). A detta della società, la normativa citata avrebbe, infatti, incardinato in capo al Ministero delle comunicazioni la competenza in materia di servizi a sovrapprezzo, espropriando di fatto l'Autorità di tale competenza.

In secondo luogo, alla luce di tale abrogazione, la società ha dedotto che la responsabilità in merito alle condotte contestate è esclusivamente del centro servizi. Tale responsabilità riguarderebbe sia l'avvio della tariffazione in concomitanza con l'avvio del servizio (articoli 18 e 15, comma 4, del Regolamento) sia la completezza/omissione di informazioni obbligatorie (costo del servizio) nell'ambito del messaggio di presentazione (articoli 18 e 12 del Regolamento).

A sostegno delle proprie argomentazioni difensive, BT Italia ha richiamato **a)** le clausole contrattuali stipulate con la società Jet Multimedia S.r.L. (dalle quali emerge la piena responsabilità del centro servizi sia per i contenuti e le modalità di esecuzione dei servizi offerti, anche relativamente all'avvio della tassazione, sia in merito al contenuto del messaggio fonico e ai costi della chiamata) **b)** la disponibilità esclusiva in capo al centro servizi delle piattaforme che gestiscono il messaggio fonico introduttivo e l'avvio della tassazione **c)** una precedente delibera dell'Autorità su di un caso analogo (con delibera di archiviazione n. 705/06/CONS del 29 novembre 2006, l'Autorità avrebbe affermato la responsabilità oggettiva del fornitore del servizio, essendo il solo ad essere a conoscenza "*della tipologia e quantità dei messaggi attraverso i quali l'utente finale è informato del servizio erogato sulla numerazione interessata*").

II. Valutazione giuridica dell'Autorità

Le argomentazioni difensive dalla società non sono idonee a superare i rilievi posti alla base della contestazione con cui è stato dato avvio al procedimento.

- I. In primo luogo, con riferimento alla eccezione sollevata da parte resistente riguardo alla presunta abrogazione tacita della delibera n. 9/03/CIR, si rileva che la società ha compiuto un errore in merito all'interpretazione della normativa attualmente vigente in materia di disciplina delle numerazioni utilizzabili per i servizi a sovrapprezzo.

Al riguardo, giova premettere che l'effetto dell'abrogazione implicita di una disposizione normativa esige che tra quest'ultima e quella successiva sia ravvisabile un rapporto di assoluta incompatibilità, esclusivamente configurabile nell'ipotesi in cui la seconda regoli la medesima situazione disciplinata dalla prima in modo che il nuovo regime e quello previgente non possano coesistere - in quanto non armonizzabili tra loro - a causa della radicale difformità degli elementi essenziali delle regolamentazioni recate dalle due previsioni.

Tale situazione di assoluta incompatibilità e radicale difformità degli elementi essenziali non appare sussistere, in materia di numerazione, tra la legge n. 249/97 (articolo 1, comma 6, lett. a), n. 13), il decreto legislativo n. 259/03 (articolo 15) e il decreto legge convertito n. 545/96 (articolo 25) né tra le rispettive norme attuative, la delibera n. 9/03/CIR e il decreto ministeriale n. 145/06.

Infatti, nell'indicata materia, la architettura normativa delle norme richiamate appare conformata ad un criterio di ripartizione di competenze tra l'ex Ministero delle Comunicazioni e l'Autorità.

A riprova di ciò, il decreto ministeriale citato, dopo avere effettuato (articolo 18) una rigorosa delimitazione delle responsabilità tra i soggetti interessati (centro servizi, fornitore di servizi di comunicazione elettronica, operatore titolare della numerazione), ha previsto una separazione della titolarità delle corrispondenti competenze sanzionatorie, incardinandole in parte a favore dell'ex Ministero delle comunicazioni (competente ad applicare alcune sanzioni a carico dei centri servizi, articolo 21) e in parte della stessa Autorità (competente, insieme allo stesso Ministero, ad irrogare le sanzioni nei confronti degli operatori titolari della numerazione e dei fornitori di servizi, così come definite nel decreto legislativo n. 259/03, articolo 22).

Inoltre, la delibera n. 9/03/CIR – asseritamente abrogata dal decreto ministeriale n. 145/06 - è invece richiamata, quale suo presupposto legittimante, proprio nella premessa del citato decreto.

In ogni caso, il criterio cronologico sembra definitivamente dissipare qualsiasi dubbio in merito all'interpretazione della normativa di cui trattasi, in quanto il decreto legge convertito n. 545/96 è anteriore sia alla legge n. 249/97 sia al decreto legislativo n. 259/03, mentre l'abrogazione presuppone che la norma *c.d.* abrogante sia successiva alla norma abrogata.

Né si ritiene che l'effetto abrogativo possa discendere direttamente dal decreto ministeriale n. 145/06, in quanto tale decreto, anche se successivo alla legge n. 249/97 e al decreto legislativo n. 259/03, di per sé, non possiede la forza e il valore sufficienti per conseguire tale risultato. Infatti, ai fini dell'abrogazione, si richiede che la norma successiva sia almeno di pari dignità della norma precedente;

- II. In secondo luogo, con riferimento alla eccezione sollevata da parte resistente riguardo alla presunta responsabilità del centro servizi in merito alla condotta contestata, si evidenzia che BT Italia fa dipendere l'esistenza di tale responsabilità dall'asserita abrogazione della delibera n. 9/03/CIR.

Tanto basterebbe per ritenere superate le censure mosse dalla società, alla luce di quanto già argomentato al punto sub I).

Nel caso di specie, si ritiene, tuttavia, opportuno precisare che le disposizioni richiamate dalla società appaiono precise e chiare, tanto da assumere un significato lineare, inequivoco e concordante.

Infatti, in base al tenore letterale dei commi 1 e 2 dell'articolo 5 della delibera n. 9/03/CIR, ne discendono in capo *“all'operatore di accesso o, dove applicabile, all'operatore titolare dei diritti d'uso delle numerazioni”* i seguenti obblighi:

- a. l'obbligo di fissare ed attuare le tariffe nel rispetto dei criteri stabiliti dallo stesso comma 1;
- b. l'obbligo di far precedere la tariffazione da un annuncio fonico sulla tariffa applicata (comma 2).

La norma esplicitamente prevede che l'operatore titolare della numerazione possa avvalersi di fornitori di servizi (*“anche mediante accordi con i fornitori di servizi”*), tuttavia tali accordi non appaiono idonei a modificare il regime di responsabilità sopra descritto che, pertanto, rimane incardinato in capo all'operatore. In tal caso, gli obblighi di cui trattasi sono concretamente attuabili

solo a fronte di una effettiva e completa attività di monitoraggio e controllo sui soggetti (quali i centri servizi) che di fatto risultano affidatari delle numerazioni.

Nel caso di specie, tale attività consta dell'obbligo di controllare che le tariffe siano accollate agli utenti finali solo a fronte di una effettiva fruizione del servizio e che l'espletamento dei servizi su numerazioni per servizi a sovrapprezzo sia preceduto da un annuncio fonico sulla tariffa applicata.

Il mancato compimento dei comportamenti dovuti comporta la nascita, in capo a colui che era tenuto alla condotta positiva, di una responsabilità di tipo omissivo, da apprezzarsi sotto l'aspetto causale e psicologico, nei termini della attribuibilità della condotta omissiva sul piano soggettivo almeno a titolo di colpa.

Alla luce di ciò, si ritiene che BT Italia, fraintendendo il senso letterale dell'articolo 5 citato, ha omesso di effettuare i controlli dovuti sui centri servizi che all'epoca dei fatti gestivano le numerazioni sopra indicate, dalla quale omissione è scaturita, nei giorni 29 febbraio e 7 aprile 2008, la violazione della disciplina in materia di fornitura dei servizi a sovrapprezzo agli utenti di comunicazioni contenuta nei commi 1 e 2 dell'articolo 5 della delibera n. 9/03/CIR.

Le eventuali difficoltà interpretative connesse all'interpretazione della norma avrebbero dovuto, altresì, essere superate dalla società con l'impiego della dovuta diligenza, in modo da consentire il rispetto della disposizione violata.

Tale prospettazione in merito all'interpretazione dell'articolo 5 della delibera n. 9/03/CIR rimane confermata (non smentita, come asseritamente dichiarato dalla società) dal combinato disposto degli articoli 14 e 18 del decreto n. 145/06, secondo cui l'operatore titolare della risorsa di numerazione è responsabile dell'osservanza delle disposizioni riguardanti le condizioni economiche di offerta di servizi a sovrapprezzo ed, in particolare, che le medesime condizioni economiche risultino “*proporzionate all'effettiva erogazione dei servizi*”.

Si precisa che l'articolo 15, comma 4, del decreto ministeriale n. 145/06 (“*sia nel caso della modalità minutaria che nel caso della modalità forfetaria, la tassazione di un servizio a sovrapprezzo è avviata, solo dopo il riconoscimento da parte del centro servizi dell'esplicita accettazione da parte dell'utente finale*”), impropriamente richiamato dalla società per dimostrare la responsabilità del centro servizi in merito a uno dei profili contestati (violazione dell'articolo 5, comma 1, della delibera n. 9/03/CIR), non appare, altresì, idoneo a modificare il regime di responsabilità sopra descritto.

Si ribadisce, infatti, che mentre il combinato disposto degli articoli 18, comma 3, e 14 del decreto n. 145/06 incardinano in capo al titolare della numerazione la responsabilità in merito alla correttezza delle condizioni economiche dell'offerta, il combinato disposto degli articoli 18, comma 1, e 15, comma 4, definiscono il diverso obbligo per il centro servizi di controllare che la concreta fruizione del servizio sia sempre preceduta dal consenso esplicito dell'utente finale.

III. Nemmeno gli elementi addotti dalla società a sostegno delle proprie argomentazioni difensive appaiono idonei a escludere la sua responsabilità per l'addebito contestato. Infatti, si precisa che:

a) con riferimento alle clausole contrattuali stipulate con la società Jet Multimedia S.r.L., che confermerebbero la responsabilità del centro servizi per le ipotesi contemplate, la società non ha provveduto ad allegare tale contratto agli atti del presente procedimento.

Ad ogni modo, la previsione di clausole in maniera eventualmente difforme a quanto previsto dalla normativa primaria si ritiene consentita solo nei limiti di quanto previsto dall'articolo 1322, comma 2, del codice civile.

Nel caso di specie, tali clausole, ove esistenti, non appaiono idonee a modificare il regime di responsabilità previsto dalla normativa primaria, in quanto esse sarebbero volte unicamente a "spostare contro la legge" il centro di responsabilità in merito all'addebito di cui trattasi dal titolare della numerazione al centro servizi;

b) con riferimento alla disponibilità esclusiva in capo al centro servizi delle piattaforme che gestiscono il messaggio fonico introduttivo e l'avvio della tassazione, la società adduce la sussistenza di una situazione di fatto che avrebbe impedito, al titolare della numerazione, di interagire con il centro servizi in merito alla gestione delle suddette piattaforme.

Al riguardo, giova osservare che, in tema di sanzioni amministrative, il caso fortuito e la forza maggiore, pur non essendo espressamente menzionati dalla legge n. 689/81, debbono ritenersi implicitamente inclusi nella previsione dell'articolo 3 ed escludono la responsabilità dell'agente.

Nel caso di specie, tuttavia, BT Italia non ha addotto elementi idonei a dimostrare che le eventuali difficoltà connesse alla condivisione delle citate piattaforme non erano prevedibili né superabili con l'impiego della dovuta diligenza, da valutarsi in relazione alla natura dell'attività imprenditoriale esercitata, pertanto non è configurabile nessuna delle cause di giustificazione previste dalla legge;

- c) con riferimento alla delibera n. 705/06/CONS che affermerebbe il principio per le violazioni di cui trattasi della responsabilità oggettiva del centro servizi, la società è ancora una volta incorsa in un'erronea interpretazione della norma. Giova preliminarmente osservare che la citata delibera ha ad oggetto una norma (violazione dell'articolo 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR) diversa da quella censurata con il procedimento sanzionatorio n. 5/08/DIR. Inoltre, dalla semplice lettura della parte dispositiva (*cf.* Ritenuto n. 1) emerge la sussistenza del principio generale “*dell'obbligo di vigilanza e prevenzione gravante sull'operatore titolare dei diritti d'uso delle numerazioni*”. Nel caso concreto, infatti, si rileva che l'archiviazione era stata deliberata a causa della mancata addebitabilità del comportamento sotto il rilievo soggettivo;

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 11, del decreto legislativo n. 259/03 da determinarsi tra un minimo di € 120.000,00 ed un massimo di € 2.500.000,00;

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria per le violazioni contestate nella misura di € 120.000 (Euro centoventimila) 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*: il comportamento dell'esercente si sostanzia in un illecito che si è articolato in una condotta consistente nella mancata esecuzione dei controlli dovuti sui centri servizi che all'epoca dei fatti gestivano le numerazioni sopra indicate e, conseguentemente, nella mancata osservanza della disciplina in materia di fornitura dei servizi a sovrapprezzo agli utenti di comunicazioni contenuta nei commi 1 e 2 dell'articolo 5 della delibera n. 9/03/CIR.

Con riferimento a tale condotta, si rileva che le telefonate svolte in data 29 febbraio e 7 aprile 2008 sono rientrate nell'ambito di una campagna di vigilanza svolta dal Servizio ispettivo e registro dell'Autorità;

- b. *con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione*: la società BT Italia non ha assunto iniziative spontanee in tal senso;
- c. *con riferimento alla personalità dell'agente*: la società è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire il rispetto di quanto stabilito dai commi 1 e 2 dell'articolo 5 della delibera n. 9/03/CIR;
- d. *con riferimento alle condizioni economiche dell'agente*: le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria come sopra determinata;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento e le risultanze istruttorie;

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

ORDINA

alla società BT Italia S.p.A., con sede in Milano, via Tucidide 56, Torre 7, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di € 120.000 (Euro centoventimila) per la violazione, nei termini descritti in motivazione, delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 5 della delibera n. 9/03/CIR, sanzione comminata ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

DIFFIDA

la predetta società a non porre in essere comportamenti in violazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 5 della delibera n. 9/03/CIR.

INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di € 120.000 (Euro centoventimila) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di 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 articolo 98, comma 11, 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. 624/08/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 sul sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Roma, 6 novembre 2008

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Sebastiano Sortino

IL COMMISSARIO RELATORE

Gianluigi Magri

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola